



**HAL**  
open science

# L'ordre public économique sociétaire devant le phénomène des montages : approche comparée du droit français et du droit grec

Nikiforos Kalodikis

► **To cite this version:**

Nikiforos Kalodikis. L'ordre public économique sociétaire devant le phénomène des montages : approche comparée du droit français et du droit grec. Droit. Université de Strasbourg, 2014. Français. NNT : 2014STRAA008 . tel-01140210

**HAL Id: tel-01140210**

**<https://theses.hal.science/tel-01140210>**

Submitted on 8 Apr 2015

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



**UNIVERSITÉ DE STRASBOURG**

**ÉCOLE DOCTORALE DROIT, SCIENCE POLITIQUE ET HISTOIRE -ED 101**  
**[ unité de recherche Droit, religion, entreprise et société –DRES- UMR 7354 ]**

**THÈSE** présentée par :

**Nikiforos KALODIKIS**

soutenue le **10 avril 2014**

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'université de Strasbourg**

Discipline/ Spécialité : **Droit des affaires**

## **TITRE de la thèse**

**L'ORDRE PUBLIC ECONOMIQUE SOCIETAIRE DEVANT LE  
PHENOMENE DES MONTAGES. APPROCHE COMPAREE DU  
DROIT FRANÇAIS ET DU DROIT GREC**

**THÈSE dirigée par :**

**Monsieur STORCK Michel**

Professeur, université de Strasbourg

**RAPPORTEURS :**

**Monsieur KOTSIRIS Lambros**

Professeur émérite de l'Université Aristote de Thessalonique

**Monsieur NAVARRO Jean-Louis**

Maître de conférences à l'Université Lyon II

---

**AUTRES MEMBRES DU JURY :**

**Monsieur BAUEREISS Jochen**

Maître de conférences à l'Université de Strasbourg

**L'ORDRE PUBLIC ÉCONOMIQUE SOCIÉTAIRE DEVANT LE PHÉNOMÈNE  
DES MONTAGES – APPROCHE COMPARÉE DU DROIT FRANÇAIS ET DU  
DROIT GREC**

Je tiens à remercier le directeur de ma thèse Monsieur le Professeur Michel Storck pour sa confiance à mon égard ainsi que pour sa patience pour l'achèvement de mon travail.

A mes parents

A ma sœur

A ma grand-mère, qui n'a pas pu voir ma thèse arriver à sa fin

A R. K., pour son hospitalité chaleureuse et en espérant qu'un jour on montera ensemble Hemkunt Sahib

## LISTE D'ABREVIATIONS ET DE TERMES GRECS

AE (Anonymi Etairia)	SA grecque
AK (Astikos Kodikas)	Code civil grec
Archeion Nomologias	« Archives de jurisprudence » (revue)
Areios Pagos	Cour de cassation grecque
Armenopoulos (nommée d'après le juriste byzantin du XIV siècle Konstantinos Armenopoulos)	Revue juridique du Barreau de Thessalonique
Chr. D. (Chrimatopistotiko Dikaio)	« Droit financier » (revue)
Chr.I. D. (Chronika Idiotikou Dikaiou)	« Annales de droit privé » (revue)
DEE (Dikaio Epicheiriceon kai Etairion)	« Droit des entreprises et des sociétés » (revue)
« Diki »	« Procès » (revue)
DMME (Dikaio Messon Masikis Enimerocis) (revue)	« Droit des moyens de communication de masse »
EE (Eterorrythmi Etairia)	Société en commandite
EEN (Ephimeris Ellinon Nomikón)	« Journal des juristes grecs » (revue)
EK (Epitropi Kefalaiagoras)	AMF grecque
EPE (Etairia Periorismenis Efthinis)	SARL grecque
El. Dik. (Elliniki Dikaiocini)	« Justice grecque » (revue)
E. Tr. Chr. Ax. Dikaiou (Epitheorici Trapezikou, Chrimatistiriakou, Axiographikou Dikaiou)	« Revue de droit bancaire, boursier et des papiers-valeurs »
IKE (Idiotiki Kefalaiouchiki Etairia)	Société privée de capitaux
OE (Omorrythmi Etairia)	Société en nom collectif
E.Emp.D. (Epitheorici Emporikou Dikaiou)	« Revue de droit commercial »

Episk.EΔ (Episkopici Emporikou Dikaiou)  
EN (Emporikos Nomos)  
END (Epitehorici Naftikou Dikaiou)  
Epheteio  
KDND (Kodikas Dimociou Naftikou Dikaiou)  
KIND (Kodikas Idiotikou Naftikou Dikaiou)  
K. Pol. D. (Kodikas Politikis Dikonomias)  
Mon. Pol. (Monomelès Protodikeio)  
Nom. V. (Nomiko Vima)  
d'Athènes)

« Peiraiki Nomologia »  
Pol. Prot. (Polymelès Protodikeio)  
P. K. (Poinikos Kodikas)  
Pt. K. (Ptokheftikos Kodikas)  
Symvoulío Epikrateias

« Revue de droit commercial » (autre revue)  
Loi [Code] commerciale grecque  
« Revue de droit maritime »  
Cour d'appel  
Code grec de droit maritime public  
Code grec de droit maritime privé  
Code grec de procédure civile  
Tribunal d'instance  
« Tribune Juridique » (revue du Barreau)

« Jurisprudence du Pirée » (revue)  
Tribunal de grande instance  
Code pénal grec  
Code grec des faillites  
Conseil d'Etat grec

## **TABLE DES MATIERES**

### **Introduction**

I/ Première approche de la notion d'ordre public économique sociétaire

II/ Première approche de la notion de montages

III/ Le contexte juridique, économique et historique de la comparaison

### **PARTIE I**

Esquisse comparée de l'ordre public économique sociétaire en droit français et en droit grec, environnement juridique des montages en droit des sociétés

**TITRE I** : L'ordre public économique sociétaire de la société -entreprise dans les deux droits sous comparaison

**Chapitre I** : Les sources et les grands thèmes de l'ordre public économique de la société –entreprise

**Section I** : Les sources supra-législatives de l'ordre public de la société- entreprise

Par. 1 : Les ordres constitutionnels français et grec

A. La protection constitutionnelle du droit de créer des sociétés et d'y participer dans les deux droits sous comparaison

B. L'aspect interventionniste des deux ordres constitutionnels

C. L'effet horizontal du droit constitutionnel et les montages en droit des sociétés

Par. 2: La Convention européenne des droits de l'homme

A. La protection des associés et des sociétés par la CEDH

B. Les limites de la protection

C. L'effet horizontal de la Convention et les montages



Par. 3 : L'ordre juridique communautaire

- A. La liberté sociétaire pour le droit communautaire
- B. L'impératif sociétaire et le droit communautaire
- C. L'effet horizontal du droit communautaire et les pactes extrastatutaires

**Section II** : L'ordre public économique sociétaire produit de la dialectique entre droit privé général et droit de sociétés

Par 1 : Les structures différentes de l'ordre public sociétaire stricto sensu en droit français et en droit grec

- A. Une approche française tendant vers l'unité de compréhension du phénomène sociétaire et de son ordre public
- B. Le dualisme du droit grec des sociétés et de son ordre public

Par. 2 : Les grandes catégories du droit privé général dans l'ordre public économique sociétaire

- A. L'ordre public sociétaire et la société comme contrat
- B. La société comme personne morale et l'ordre public
- C. L'ordre public sociétaire et les droits sociaux comme liens d'obligations et comme biens
- D. L'ordre public sociétaire et la distinction entre activités civiles et commerciales

Par. 3: L'ordre public sociétaire et les problèmes-clefs propres au droit des sociétés

- A. Le financement des sociétés
- B. Le pouvoir au sein des sociétés
- C. La position juridique des associés dans la société
- D. La dissolution et restructuration des sociétés

**Section III** : L'ordre public économique sociétaire résultant des autres branches du droit de l'entreprise

Par. 1 : Le droit social comme source de l'ordre public économique sociétaire

- A. Les salariés comme partie constituante de l'entreprise – le comité d'entreprise et le droit des sociétés
- B. La participation des salariés aux bénéfices et au capital
- C. Le droit social, le pouvoir et les montages dans la société -entreprise

Par. 2: Le droit fiscal comme source de l'ordre public économique sociétaire

- A. Le droit fiscal, son impératif par rapport au droit des sociétés et les montages sociétaires

- B. Esquisse de la fiscalité des sociétés en France et en Grèce
  - C. L'impact direct du droit fiscal sur le droit des sociétés dans les deux pays sous comparaison
  - D. Conclusion provisoire sur la fiscalité, le droit des sociétés et les montages sociétaires
- Par. 3 : L'ordre public économique sociétaire et le droit des procédures collectives ou des faillites

- A. Les finalités du droit des procédures collectives et la société -entreprise
- B. L'impératif du droit des procédures collectives et la société –entreprise en droit français
- C. Le droit grec des faillites et la société –entreprise
- D. L'ordre public économique des procédures collectives et les montages sociétaires

**Chapitre II** : Le système de contrôle de licéité et les sanctions de l'ordre public économique de la société- entreprise dans leur relation avec les montages

**Section I** : Mécanismes de contrôle de licéité et sanctions de droit privé dans la censure des violations de l'ordre public économique sociétaire pour les deux droits sous comparaison

Par. 1 : Les sanctions des actes juridiques et les grands mécanismes de contrôle de régularité du droit privé commun dans leurs relations avec les montages

- A. Les sanctions de droit privé commun des actes juridiques défectueux dans leur relation avec l'ordre public en droit français et en droit grec
- B. Les grands mécanismes de contrôle de régularité des actes juridiques et les montages en général en droit français et en droit grec

Par. 2 : Les sanctions frappant les sociétés elles-mêmes et le contrôle des montages sociétaires

- A. Le régime des nullités des sociétés en général
- B. Les sociétés fictives et frauduleuses du point de vue des vices du contrat de société et de la nullité de ce dernier – leur relation avec le phénomène des montages
- C. Le problème des sociétés non publiées normalement et les montages

D. L'abus de personnalité morale des sociétés comme mécanisme de contrôle des montages instrumentalisant les formes sociétaires

Par. 3 : Le régime des sanctions de droit privé durant le fonctionnement de la société en elle-même normale et les montages

A. Les sanctions des actes irréguliers des organes sociaux

B. Les responsabilités de droit privé

**Section II** : Les sanctions extra-civiles de l'ordre public économique sociétaire

Par. 1 : Les sanctions administratives et les montages sociétaires

A. Les sanctions administratives et le droit des sociétés

B. Les sanctions administratives de provenance du droit fiscal

Par. 2 : Les sanctions pénales

A. Le droit pénal, le droit des sociétés et les montages

B. Le droit pénal des sociétés français et celui grec

C. « Dépénalisation » et régulation en droit des sociétés

## **Conclusion du Titre I**

**TITRE II** : L'ordre public économique sociétaire au service du marché

**Chapitre I** : L'ordre public économique sociétaire des marchés financiers

**Section I** : La physionomie particulière de l'ordre public des marchés financiers

Par. 1 : Les finalités de l'ordre public sociétaire des marchés financiers

A. L'ordre public des marchés financiers et les sociétés

B. L'ordre public des marchés financiers et l'entreprise

Par. 2 : Les organes de l'ordre public économique sociétaire des marchés financiers

A. Les autorités du marché

B. Les entreprises de marché

**Section II** : Les grands thèmes d'intervention de l'ordre public économique sociétaire des marchés financiers

Par. 1 : Le statut juridique des sociétés «cotées»

A. Des régimes juridiques convergents d'obligations impératives renforcées pesant sur les sociétés « cotées » et la position juridique de leurs dirigeants et actionnaires

B. L'émergence du modèle de la « gouvernance d'entreprise »

Par. 2 : L'ordre public de la prise et du renforcement du contrôle dans les sociétés « cotées »

A. Le droit impératif des offres publiques visant à la prise du contrôle des sociétés « cotées »

B. Le droit de sortie et le «squeeze-out»

## **Chapitre II** : L'ordre public économique sociétaire de la concurrence

**Section I** : Un ordre public économique régulateur né de la rencontre entre droit des sociétés et droit de la concurrence

Par. 1 : Le droit des sociétés comme instrument du processus de concentration économique

A. Le pouvoir de concentration du droit des sociétés

B. Limites et importance du processus de concentration dans sa relation avec le droit des sociétés

Par. 2 : Le droit de la concurrence, moyen de contrôle des tendances «naturelles» du droit des sociétés

A. Les enjeux du contrôle de la concentration

B. L'intervention du droit de la concurrence dans le domaine du droit des sociétés

**Section II** : La particularité régulateur de l'ordre public économique sociétaire de la concurrence

Par. 1 : Les autorités de la concurrence comme facteur de la vie des sociétés importantes

A. L'autorité française de la concurrence

B. L'autorité grecque de la concurrence

Par. 2 : La particularité de fond de l'ordre public économique sociétaire de la concurrence

A. L'inopposabilité éventuelle des constructions du droit des sociétés face au droit de la concurrence

B. La particularité des méthodes du droit de la concurrence dans le contrôle des opérations sociétaires

C. L'ordre public de la concurrence et ses effets de droit privé sur les opérations et montages sociétaires

## **Conclusion du Titre II**

## **Conclusion de la Partie I**

### **PARTIE II**

Les montages en droit des sociétés, phénomène conçu principalement dans ses relations avec l'ordre public économique sociétaire

**TITRE I** : Les montages sociétaires effectués au sein ou autour d'une société vue comme forme juridique d'une entreprise autonome

**Chapitre I** : Les montages au sein de la société entreprise effectués principalement avec utilisation des techniques du droit des sociétés stricto sensu

**Section I** : Les montages tendant à dissocier l'apparence de la réalité de la société entreprise

Par. 1 : La mise d'une entreprise demeurant essentiellement individuelle sous forme de société

- A. Raison d'être et modalités du montage de la mise d'une entreprise demeurant essentiellement individuelle sous forme de société
- B. Contrôle de licéité du montage en cause par l'ordre public et les sanctions imposées

Par. 2: Le montage de dissociation du siège réel et du siège statutaire de la société dans le but d'évincer l'application du droit et de l'ordre public sociétaire nationaux normalement applicables

- A. Présentation du montage en cause
- B. Le traitement du montage en cause par les ordres publics français et grecs et l'incidence du droit communautaire

**Section II** : Les montages tendant à la construction de formes sociales atypiques par l'utilisation de techniques du droit des sociétés

Par. 1 : Les efforts de produire des formes sociales atypiques avec comme type de base des sociétés de personnes

- A. L'utilisation de la liberté statutaire dans le but d'attribuer des éléments « capitalistes » aux sociétés de personnes
- B. La combinaison de formes sociales tendant à des sociétés de personnes atypiques

Par. 2 : L'attribution d'éléments atypiques aux sociétés de capitaux par l'utilisation de techniques de droit de sociétés stricto sensu

- A. Le cadre général des montages tendant à des sociétés de capitaux atypiques en droit français et en droit grec
- B. Certains cas de montages tendant à la construction de sociétés de capitaux atypiques ou du moins de structures de pouvoir atypiques en Grèce en comparaison avec les solutions du droit français

**Section III** : Les montages utilisant les opérations sociétaires durant la vie de la société-entreprise

Par. 1 : Les opérations sociétaires sur le capital constituant des montages

- A. Les augmentations du capital dans le cadre des opérations de capital-risque
- B. Les opérations sur le capital social comme moyens de défense anti-OPA
- C. Le coup d'accordéon

Par. 2 : La transformation comme montage et l'ordre public sociétaire

- A. La transformation comme montage en droit français
- B. La transformation comme montage en droit grec

**Chapitre II** : Les montages autour de la société- entreprise se trouvant à l'entrecroisement d'une part du droit des sociétés et d'autre part du droit des contrats et des biens

**Section I** : Les montages sociétaires avec comme caractéristique essentielle la participation de la société elle-même comme contractante

Par. 1 : Les montages sociétaires effectués principalement par la conclusion de contrats entre la société et les associés

- A. Les montages avec la société comme contractante tendant au retour de valeur patrimoniale aux associés
- B. Les montages réalisant des modalités alternatives de financement de la société par les associés

Par. 2: Les contrats entre la société et ses dirigeants comme montages

A : La réglementation générale des conventions en cause comme défense de l'ordre public sociétaire contre des montages frauduleux

B : Le contrat de travail entre la société et le dirigeant utilisé comme montage

C : L'utilisation des actes juridiques concernant l'indemnisation de départ des dirigeants en cas de révocation comme montages

D : Le contrat de management comme montage sociétaire

**Section II** : Les montages utilisant les conventions entre associés ou entre associés et tiers

Par. 1 : Les montages utilisant les pactes entre associés pour organiser l'équilibre intérieur de la société

A : Champ conceptuel et typologie des pactes entre associés

B : Le problème de licéité des pactes extrastatutaires entre associés

C : Régime juridique et effets des pactes extrastatutaires dans les deux droits sous comparaison

Par. 2 : Les montages entre associés et tiers tendant à des situations juridiques atypiques

A. Les conventions créant des obligations d'un associé au profit d'un tiers comme montages

B. Les pactes avec des tiers avec effet réel sur les droits sociaux comme montages

C. Les conventions autour de la cession du contrôle d'une société comme montages

**Conclusion du Titre I**

**TITRE II** : Les montages instrumentalisant les sociétés en dehors de leur destination type légale de constituer des formes juridiques d'entreprises- entités autonomes ou même en dehors de toute utilisation comme formes juridiques d'entreprises

**Chapitre I** : L'instrumentalisation des sociétés et de leur impératif dans le cadre du « montage structurel » de l'entreprise en groupe de sociétés

**Section I** : Présentation du « montage structurel » de l'entreprise en groupe de sociétés

Par. 1 : Nature et problématique du « montage structurel » de l'entreprise en groupe de sociétés

- A. Une entreprise unique exprimée par plusieurs entités juridiques : les avantages recherchés
- B. Une entreprise exprimée par plusieurs entités juridiques : les problèmes

Par. 2 : La formation et le fonctionnement du groupe de sociétés dans les deux pays sous comparaison

- A. Les techniques utilisées pour la mise en place du groupe de sociétés
- B. Le fonctionnement des groupes : restructurations et relations intragroupe
- C. Le cas particulier de la filiale commune

**Section II** : La prise en compte du montage structurel de l'entreprise en groupe de sociétés par le droit français et le droit grec

Par. 1 : La prise en compte expresse ou indirecte par les législateurs français et grec du phénomène du groupe de sociétés

- A. Le groupe des sociétés pour les droits de sociétés français et grec
- B. Le groupe de sociétés et les autres branches du droit de l'entreprise

Par. 2 : La prise en compte du phénomène du groupe de sociétés par la jurisprudence et la doctrine françaises et grecques

- A. L'émergence d'une notion d'intérêt du groupe de sociétés lui-même
- B. La protection plus particulièrement des associés minoritaires au sein du groupe
- C. La question de la responsabilité de la société mère pour les dettes de sa filiale

**Section III** : Le groupe de sociétés ad hoc : le montage de LBO (Leverage Buy-Out)

Par. 1 : Description du montage du groupe de sociétés ad hoc dans le cadre de la prise du contrôle d'une entreprise par la technique de LBO

- A. La mise en place du montage de LBO
- B. La qualification du groupe ad hoc et du LBO comme montage et le problème de leur appréciation

Par. 2 : Les opérations de LBO dans les deux droits sous comparaison

- A. Le LBO et les droits de sociétés français et grec
- B. Le LBO et le droit fiscal



**Chapitre II** : Les montages instrumentalisant les sociétés et leur impératif à des fins autres que de constituer des formes juridiques d'entreprises

**Section I** : Les montages instrumentalisant les sociétés et leur impératif à des fins pour le moins atypiques

Par. 1 : Les sociétés en sommeil

- A. La problématique du montage de la mise de sociétés en sommeil
- B. Les réactions du droit français et du droit grec face au montage des sociétés en sommeil

sociétés en sommeil

Par. 2 : Les montages instrumentalisant les sociétés dans le but de gestion ou de transmission d'un patrimoine

- A. Les montages en cause en France
- B. Les montages sociétaires patrimoniaux en Grèce

Par. 3 : L'instrumentalisation des sociétés dans le cadre de montages d'ingénierie financière plus développée

- A. Description des montages en cause comme instrumentalisation de sociétés dans le but de restructuration du bas du bilan d'autres entreprises
- B. Les montages en cause en droit français et en droit grec

**Section II** : L'instrumentalisation des sociétés pour des buts sans aucun doute illicites

Par. 1 : L'instrumentalisation des sociétés à des buts frauduleux

- A. Description des montages instrumentalisant les sociétés pour des buts frauduleux
- B. La réaction des deux droits sous comparaison à l'instrumentalisation des sociétés pour des buts frauduleux

Par. 2 : L'instrumentalisation des sociétés à des buts criminels

- A. Description des montages instrumentalisant les sociétés à des buts criminels
- B. La réaction des deux droits sous comparaison

**Conclusion du Titre II**

**Conclusion de la Partie II**

**Conclusion générale**

## INTRODUCTION

L'ordre public et les montages semblent être dans une première approche deux notions que beaucoup de choses destinent à une relation d'incompatibilité : l'ordre public est une notion juridique « classique », réputée garantir avant tout les fondements mêmes d'une organisation sociale donnée et, partant, manifestation par définition d'hétéronomie, de suprématie de la collectivité sur l'individu, selon l'expression de Jean Carbonnier<sup>1</sup>. Les montages sont une notion récemment relevée par la doctrine française, englobant des procédés et techniques juridiques qui expriment une tendance de l'autonomie privée de se libérer des contraintes posées par un système légal jugé trop pesant ou insuffisant face aux besoins concrets des particuliers. Comme il est évident, une telle démarche comporte pour le moins des ambiguïtés et des zones d'ombre du point de vue de l'ordre public. Les choses se compliquent en plus quand ordre public et montages se rencontrent sur le terrain des sociétés, à savoir de la principale structure contemporaine d'exercice des activités économiques. D'où la nécessité d'une approche plus approfondie, visant à établir les relations multiples nouées entre l'ordre public en matière de sociétés –l'ordre public économique sociétaire– et les montages.

L'approche comparative présente des avantages importants pour la connaissance du droit<sup>2</sup> ; dans notre cas, elle peut faire mieux ressortir –en confrontant le droit français et le droit grec– les problèmes posés par la rencontre de l'ordre public et des montages sur le terrain sociétaire, ainsi que les réponses possibles à ces problèmes. Mais le progrès du développement nécessite une première approche plus essentielle des notions d'ordre public économique sociétaire (I) et de montages (II) dans une perspective de droit comparé, ainsi qu'une référence au contexte plus général de la comparaison entre les deux droits (III).

---

<sup>1</sup> « Droit civil. T. 4 Les obligations », PUF 2000, 22<sup>e</sup> édition, no 69, p. 145.

<sup>2</sup> R. Sacco « La comparaison au service de la connaissance du droit », *Economica* 1991 (Collection Études juridiques comparatives).

## **I. PREMIÈRE APPROCHE DE LA NOTION D'ORDRE PUBLIC ÉCONOMIQUE SOCIÉTAIRE**

### **Les difficultés conceptuelles de la notion d'ordre public**

Tout en étant fondamentale pour l'organisation de la société étatique et civile, la notion d'ordre public n'en demeure pas moins pour la doctrine française une notion fuyante, mouvante et difficile à appréhender<sup>3</sup>. Si cela est vrai dans le cadre d'un droit national, il est évident que les difficultés conceptuelles se multiplient quand on procède à une démarche comparative, car les deux droits sous comparaison –dans notre cas le droit français et le droit grec– peuvent très bien ne pas avoir la même conception de la notion d'ordre public et ne pas lui donner la même définition. De la sorte, il est nécessaire de clarifier dans une première étape la notion d'ordre public dans ses relations avec le phénomène sociétaire pour chacun des deux droits sous comparaison. L'objectif est d'examiner l'existence éventuelle d'éléments communs dans les droits français et grec suffisants pour dégager une définition commune de l'ordre public sociétaire – définition qui servira de base pour les étapes suivantes de la comparaison, mais aussi de critère de fixation des limites de notre étude.

### **La notion d'ordre public en général en droit français**

Le droit privé interne français connaît d'abord un noyau d'ordre public dit « classique » ou « politique », dont le rôle limitatif du principe de la liberté contractuelle est traditionnellement fondé sur les articles 6, 1128, 1131, 1133 du Code civil. Après un long débat sur la définition de la notion, la doctrine française dominante englobe aujourd'hui dans l'ordre public politique toutes les limites de la liberté contractuelle de provenance législative (« ordre public textuel »), mais aussi judiciaire (« ordre public virtuel ») jugées nécessaires pour protéger les institutions essentielles ou les « piliers » de l'organisation sociale

---

<sup>3</sup> Ph. Malaurie « L'ordre public et le contrat. Étude de droit civil comparé, France, Angleterre, URSS » thèse Paris 1951, G. Farjat « L'ordre public économique », thèse Dijon, LGDJ 1963, préface B. Goldman, R. Savatier « L'ordre public économique » Dalloz 1965, chr. 37, M. Gégout « Ordre public et bonnes mœurs » J. Cl. Civ. art. 6. fasc. n<sup>os</sup> 1, 2 1979, J. Ghestin « L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français » in « Les notions à contenu variable en droit » (ouvrage collectif) Bruxelles 1984, p. 77, J. Hauser - J.J. Lemoulande « Ordre public et bonnes mœurs », Répertoire civil Dalloz 1993, Th. Revet (dir.) « L'ordre public à la fin du XXe siècle » Dalloz 1996, M.C. Vincent- Legoux « L'ordre public. Étude de droit comparé interne », thèse Dijon, PUF 2001, préface J.P. Dubois.

française<sup>4</sup>. Plus particulièrement pour ce qui concerne le rôle du juge, celui-ci peut soit qualifier d'ordre public une disposition que la loi elle-même n'a pas expressément qualifiée comme telle, soit même dégager des principes d'ordre public de l'esprit de la législation française, au-delà de la qualification d'ordre public d'une disposition particulière. Comme « piliers » de l'organisation sociale française sont réputés aujourd'hui l'organisation de l'État, la famille, la moralité sociale, la liberté individuelle et la dignité humaine. La liste n'est pas limitative, une doctrine plus moderne ayant tendance à étendre l'ordre public politique à un ensemble plus large de « valeurs dominantes » dans la société française<sup>5</sup>. Il est évident qu'une société commerciale ou civile –comme tout autre groupement de personnes ou institution– doit respecter dans ses finalités et ses activités cet ordre public politique : elle ne peut pas avoir par exemple comme objet le trafic d'influence, la corruption de fonctionnaires, la commercialisation de choses « hors du commerce juridique » ou une autre activité portant atteinte à des valeurs essentielles de la société française protégées par le droit pénal. A cet ordre public politique, on doit ajouter un ordre public économique général dit « de direction », résultant de décisions impératives du législateur qui interviennent dans les échanges et la production et circulation des richesses, décisions réputées prises dans l'intérêt général<sup>6</sup>. Une société de droit commun ne peut pas enfreindre cet ordre public économique de direction, par exemple en ayant comme objet des activités économiques traditionnellement relevant du pouvoir régalien (battre monnaie) ou de monopoles publics ou réservées au domaine des sociétés de droit spécial (p.ex. activités réservées au monopole bancaire).

### **L'ordre public sociétaire stricto sensu du droit français**

La notion d'ordre public prend une acception plus concrète et particulière pour ses relations avec le phénomène sociétaire avec un autre ensemble de règles impératives du droit français, de sorte qu'on peut parler de l'apparition d'un ordre public sociétaire stricto sensu. Il s'agit de ces règles du droit français qui impriment son identité au phénomène sociétaire et dont les sanctions en cas de violation sont principalement soit la nullité de la

---

<sup>4</sup> J. Carbonnier « Les obligations », ouvrage précité, n<sup>o</sup> 69, p. 146 (l'ordre public comme les « colonnes de la Cité »), J. Flour - J.L. Aubert « Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique » A. Colin 2002, 10<sup>e</sup> édition (par J.L. Aubert et E. Savaux), n<sup>o</sup> 281, J. Ghestin « La formation du contrat » LGDJ 1994, 3<sup>e</sup> édition n<sup>o</sup> 104, Ph. Malaurie - L. Aynés « Cours de droit civil. Les obligations - v.2 Contrats et quasi-contrats. », Cujas 2001, 2<sup>e</sup> édition, n<sup>o</sup> 252 suiv. F. Terre - Ph. Simler - Y. Lequette « Droit civil. Les obligations » Précis Dalloz, 2002, 8<sup>e</sup> édition, n<sup>os</sup> 277 suiv.

<sup>5</sup> M.C. Vincent – Legoux, thèse précitée, not. p. 111, 523.

<sup>6</sup> G. Ripert « L'ordre économique et la liberté contractuelle » Mélanges Gény, Sirey 1934 t. II, p. 352. G. Farjat, thèse précitée, not. p. 109 suiv. pour l'ordre public économique de direction et ses fonctions.

société elle-même, soit l'inexistence de la clause les enfreignant (art. 1844-10 Code civil- v. infra). Ces règles fondamentales pour la vie en principe de toute société sont contenues dans le Chapitre I du Titre Neuvième du Livre III du Code civil, tel qu'il résulte après la loi du 4 janvier 1978, et notamment dans les articles 1832, 1833, 1835, 1836 al. 2, 1841, 1842, 1843-2, 1843-3, 1844 al. 1, 1844-1 al. 2, 1844-7 (5°), 1844-8. Elles constituent le droit commun français des sociétés (1834 C.civ.) et en même temps l'ordre public de droit commun des sociétés. C'est d'ailleurs par le biais de l'article 1833 – exigeant un objet social licite pour toute société – que l'ordre public général français fait formellement son entrée dans le domaine des sociétés. La société se profile pour le reste dans ces règles impératives comme une communauté de risques, de décisions et de résultats, formée traditionnellement et en principe par au moins deux personnes collaborant entre elles sur un pied d'égalité, en vue d'exercer une activité économique<sup>7</sup>. Selon la conception française, l'autonomie privée ne peut pas utiliser la forme sociétaire en portant atteinte à ces éléments essentiels qui expriment traditionnellement une vision de la société comme la forme juridique de coopération économique la plus intense qui puisse exister entre particuliers égaux et responsables (v. toutefois infra Partie I sur les complications introduites à cette vision traditionnelle par la réalité des sociétés comme formes juridiques de l'entreprise mais aussi comme mécanismes principaux d'exercice du pouvoir privé économique). Ces éléments essentiels sont voulus par le législateur en principe pour toute forme de société, sauf bien sûr disposition spéciale dérogatoire (v. art. 1832 al. 2 et infra Partie I sur les sociétés unipersonnelles).

### **Ordre public et dispositions impératives en droit français des sociétés**

En dehors de ces dispositions de droit commun de l'ordre public sociétaire, le droit français des sociétés contient de nombreuses dispositions impératives spéciales, notamment pour les sociétés de capitaux. Par définition, l'autonomie privée ne peut déroger à ces règles impératives<sup>8</sup>. Mais toutes ces dispositions impératives du droit de sociétés, visant aussi bien à imposer des standards de bonne gouvernance privée économique qu'à protéger divers intérêts impliqués dans la vie des sociétés à des degrés différents, sont-elles nécessairement d'ordre public ? Une conception dans le passé dominante dans la

---

<sup>7</sup> Sur la société comme communauté de risques, de décisions et de résultats v. P. Didier « Droit commercial- t. II. L'entreprise en société. Les groupes de sociétés », PUF 1999, 3<sup>e</sup> édition, p. 28 suiv. Pour les problèmes posés par la reconnaissance de sociétés unipersonnelles en droit français v. infra, Partie I.

<sup>8</sup> Selon le Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant (dir. G. Cornu, PUF 2001, 2<sup>e</sup> édition), l'impératif est défini comme ce « auquel la volonté individuelle ne peut déroger ... se dit d'un texte législatif ou réglementaire dont les dispositions d'ordre public l'emportent sur toute volonté que les particuliers auraient exprimée dans un acte juridique ».

doctrine française distinguait généralement entre règles de droit d'ordre public et dispositions impératives, les premières servant l'intérêt général, les secondes pouvant protéger des intérêts particuliers<sup>9</sup>. Toutefois, depuis longtemps la doctrine française –suivie par la jurisprudence– a reconnu, outre l'ordre public « politique » et l'ordre public économique « de direction », l'existence d'un ordre public dit « de protection », notamment en matière économique, formé de dispositions impératives visant à assurer non directement l'intérêt général, mais d'abord des intérêts privés jugés dignes de protection dans l'intérêt général. Avec cette compréhension extensive de la notion d'ordre public et de la poursuite de l'intérêt général, la distinction entre dispositions d'ordre public et dispositions impératives tend à être abandonnée<sup>10</sup>. Nous pouvons par conséquent englober dans l'ordre public sociétaire français toutes les dispositions impératives du droit des sociétés, ainsi que les principes de ce droit échappant à la libre disposition des particuliers tels que dégagés par la jurisprudence –en tenant compte de ce que la doctrine française tend à considérer qu'il s'agit d'abord – bien que non exclusivement - d'un ordre public de protection (v. infra sur la question des sociétés comme structure principale de pouvoir privé économique et les répercussions de cette conception sur la nature de l'ordre public sociétaire)<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> V. p.ex. Ph. Malaurie, thèse précitée, p. 67 suivant, Ph. Malaurie-L. Aynès, op.cit., no. 252, J. Hauser- J.J. Lemouland in Rep. civ. Dalloz, précité, H.L.J. Mazeaud « Leçons de droit civil. Introduction à l'étude du droit », Montchrestien 1996, 11<sup>e</sup> édition (par F. Chabas et M. de Juglart), n<sup>o</sup> 68.

<sup>10</sup> V. J. Ghestin art. précité, p. 81, M.C. Vincent- Legoux, thèse précitée, p. 17. Pour ce dernier auteur « il est clair que l'ordre public ne peut poursuivre qu'un but d'intérêt général. Mais il peut être de l'intérêt public que des intérêts privés ne soient pas reconnus ». Pour le Vocabulaire Capitain, le mot impératif peut toujours être remplacé par l'expression d'ordre public (mais la réciproque n'est pas vraie, notamment, semble-t-il, parce que l'ordre public peut être purement « virtuel »- v. supra). Sur l'ordre public de protection v. J. Carbonnier op. cit. n<sup>o</sup> 71 p. 147, J.Flour - J.L. Aubert - E. Savaux op. cit. n<sup>o</sup> 297, F. Terré – Ph. Simler – Y. Lequette, op. cit., n<sup>o</sup> 384. Pour une relativisation de la distinction entre ordre public de direction et ordre public de protection telle que présentée ci-dessus v. G. Farjat thèse précitée, p. 110, J. Ghestin « Traité de droit civil. La formation du contrat », LGDJ 1993, 3<sup>e</sup> édition, n<sup>os</sup> 97 suiv., M.C. Vincent- Legoux, thèse précitée p. 17-18.

<sup>11</sup> V. Y. Guyon « Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés », LGDJ 2002, 5<sup>e</sup> édition in « Traité des contrats » (dir. J. Ghestin), n<sup>o</sup> 9, relevant que l'ordre public en droit des sociétés tend, en premier lieu, à protéger les tiers, tout en soulignant que cet ordre public n'est pas qu'un ordre public de protection. D'une manière plus catégorique sur le caractère de protection de l'ordre public du droit de sociétés v. M.A. Frison - Roche « La distinction entre sociétés cotées et sociétés non cotées » Mélanges AEDBF – France p. 195 (se référant au droit des sociétés traditionnel, celui des sociétés non cotées), M.M. Mohamed Salah « Les transformations de l'ordre public économique : vers un ordre public régulateur ? » in Mélanges G. Farjat, éditions Frison – Roche 1999, p. 261 suiv., spéc. n<sup>o</sup> 13 suiv.

### La notion de règle de droit d'ordre public en droit grec

Le droit privé interne grec énonce quant à lui dans l'article 3 du Code civil grec (Astikos Kodikas – AK) une règle de portée générale selon laquelle la volonté privée ne peut pas écarter l'application des règles de droit d'ordre public (dimòcia tàxi) – disposition inspirée par l'article 6 du Code civil français<sup>12</sup>. Selon une conception dominante, semble-t-il, dans une jurisprudence grecque plus ancienne, les règles de droit d'ordre public étaient réputées distinctes de celles simplement impératives : ces dernières pourraient protéger des intérêts particuliers, tandis que les premières serviraient l'intérêt général, ou même des intérêts concernant l'État à un tel degré que leur protection serait d'une nécessité suprême<sup>13</sup>. Il est toutefois à noter que, même pour cette conception restrictive, les dispositions légales sur l'administration de la société anonyme étaient réputées d'ordre public à ce sens étroit, preuve du caractère d'intérêt général reconnu par l'approche grecque au bon fonctionnement de cette forme sociale<sup>14</sup>. Mais selon la conception aujourd'hui dominante en Grèce, sont d'ordre public au sens de l'art. 3 AK toutes les dispositions de nature impérative (jus cogens), celles auxquelles la volonté des particuliers ne peut pas déroger, par opposition aux règles de droit supplétives. L'idée centrale semble être, comme en droit français, que toute disposition impérative sert finalement l'intérêt général, même quand elle

---

<sup>12</sup> Il s'agit de l'une des plutôt rares influences du Code civil français sur le Code grec de 1946. L'autre source de l'art. 3 AK est l'art. 19 §2 du Code des obligations suisse. Cette origine de la disposition de l'art. 3 a provoqué un fort intérêt des premiers auteurs grecs ayant traité la matière après l'introduction de l'AK pour les conceptions de la doctrine et de la jurisprudence française. Sur la notion d'ordre public v. notamment dans cette bibliographie plus ancienne (en grec) K. Kafkas « Les règles de droit d'ordre public », *Archeion Nomologias* 1956, p. 66 suiv. (avec plusieurs renvois à la doctrine et la jurisprudence française de l'époque, et notamment au *Traité de droit civil de Planiol et Ripert*), D. Kioussopoulos, conclusions sous *Areios Pagos* (Cour de cassation grecque) *As. Pl.* 387/1956, *Archeion Nomologias* 1956, p. 657 (s'inspirant expressément de la définition d'ordre public de P. Esmein in t. VI du *Traité de Planiol et Ripert*). Pour l'utilisation de la notion d'ordre public dans d'autres dispositions du droit grec v. infra.

<sup>13</sup> V. ainsi expressément *Areios Pagos* (A.P. – Cour de cassation grecque) 18/1961 (présidentiel), *Nomikon Vima* 9, p. 1100. Les enjeux de la distinction étaient l'application de l'exception de l'abus de droit (que la jurisprudence de l'époque refusait à l'encontre des droits subjectifs fondés sur une règle de droit d'ordre public- v. AP 361/1952, *Thémis* 63, p. 594, note I. Passias) et la prise en compte d'office par le juge des règles de droit d'ordre public (que l'opinion dominante refusait aux règles impératives n'étant pas réputées d'ordre public). Pour des définitions étroites de la règle de droit d'ordre public la distinguant expressément ou implicitement de la règle de droit impérative v. not K. Kafkas, art. précité, p. 66, A. Toussis « *Principes généraux du droit civil* » (en grec), éd. P. Sakkoula 1978, 2<sup>e</sup> édition, p. 123 suiv.

<sup>14</sup> K. Kafkas, art précité p. 67, A. Toussis, ouvrage précité, p. 126. Il est aussi à noter que, même pour cette conception grecque restrictive, des règles de droit qui pour la doctrine française plus moderne seraient d'ordre public de protection étaient réputées servir l'intérêt général et être d'ordre public stricto sensu, p.ex. la législation protégeant les salariés. V. ainsi p.ex. K. Kafkas, art. précité, p. 67, et notamment D. Kioussopoulos, conclusions précitées p. 659, insistant sur l'importance que la protection d'intérêts particuliers peut avoir pour l'intérêt général.

protège d'abord un intérêt particulier<sup>15</sup>. Ce caractère impératif –ou d'ordre public– peut résulter de la volonté expresse du législateur, de la formulation –de commandement ou prohibitive– de la disposition ou, même en dehors d'une pareille formulation, de la finalité de la disposition, le rôle du juge devenant bien sûr dans ce dernier cas capital. De la sorte, les notions de la règle de droit d'ordre public de l'art. 3 AK et de la règle de droit impérative s'identifient pour la conception grecque aujourd'hui dominante. Suivant cette approche, nous pouvons considérer que toutes les dispositions impératives du droit grec des sociétés –de personnes ou de capitaux– sont d'ordre public, indépendamment de leur caractère « de direction » ou « de protection », selon la terminologie française– distinction que d'ailleurs la doctrine et la jurisprudence grecques ne font pas. Nous pouvons aussi considérer que toute société doit respecter dans son objet un ordre public plus général s'identifiant à l'ensemble de la législation impérative grecque et ses prohibitions. Mais nous devons préciser dès le début que le droit grec ne contient pas –à la différence du droit français et à l'instar du droit allemand – de dispositions impératives de portée général formant un ordre public sociétaire de droit commun destiné à toutes les formes de sociétés.

### **L'ordre public « à contenu ouvert » du droit grec**

La conception grecque sur l'ordre public interne de l'art. 3 AK est celle d'un ordre public « textuel » compris au sens large, à savoir résultant de dispositions de droit écrit<sup>16</sup>. Cela à la

---

<sup>15</sup> Sur l'identification des règles de droit d'ordre public de l'art. 3 AK avec l'ensemble des règles impératives v. (en grec) G. Balis « Principes généraux du droit civil », Frères P. Sakkoula 1961, 8<sup>e</sup> édition § 5, p. 8, P. Zepos « Les règles de droit et leurs espèces », EEN 1957, p. 692- 693, K. Simantiras « Principes généraux du droit civil », Frères Sakkoula 1973, (en 1980, 2<sup>e</sup> édition), § 8 IV, p. 65 suiv. (avec réserves). Ang. Georgiadou, commentaire de l'art. 3 AK in « Commentaire de l'AK » de Ap. Georgiadis et M. Stathopoulos (dir), éd. Sakkoula 1979, t. I, p. 8, N. Papantoniou « Principes généraux du droit civil », Frères P. Sakkoula 1983, 3<sup>e</sup> édition, § 6 p. 37, Ap. Georgiadis « Principes généraux du droit civil », éd. A.N. Sakkoula 2002, 3<sup>e</sup> édition, § 5 p. 45.

La jurisprudence grecque a depuis longtemps abandonné pour le droit interne la distinction entre règle de droit d'ordre public et règle de droit simplement impérative - v. p.ex. Areios Pagos 985/1982, Nomiko Vima 31 p. 999.

N.B. Le Code grec (AK) a adopté la méthode du Code civil allemand (BGB) en contenant dans un Livre I les principes généraux du droit civil (sources du droit civil, fondements du droit des personnes, théorie générale de l'acte juridique, des droits subjectifs et des actions de droit matériel, règles générales du droit international privé). C'est pourquoi les ouvrages grecs traitant cette matière (ouvrages servant aussi d'introduction générale au droit) sont intitulés « Principes généraux du droit civil », cités le plus souvent simplement comme « Principes généraux ».

<sup>16</sup> L'art. 3 AK parle de « règles de droit d'ordre public », l'art. 1 ayant précisé que les règles de droit sont contenues dans la loi (au sens large du droit écrit) et la coutume. Il ne semble pas possible sous le droit grec actuel d'accepter la naissance de coutumes ayant un caractère d'ordre public, car la coutume est réputée expression de la volonté privée, même collective, le droit positif ne permettant pas d'ailleurs l'abrogation par la coutume d'une règle de droit écrit d'ordre public. La jurisprudence grecque n'avait pas suivi celle française dans la voie du recours à un ordre public interne purement virtuel initiée par C. Cass. (civil) 4.12.1929, Sirey 1931 I, 49, note P. Esmein. V. en



différence de l'ordre public du droit international privé grec de l'art. 33 AK : ce dernier peut être non seulement « textuel », mais aussi purement « virtuel », selon la terminologie française, à savoir se fonder sur les conceptions fondamentales de la société grecque même non exprimées dans des dispositions impératives particulières<sup>17</sup>. Pourtant, sont par excellence d'ordre public au sens de l'art. 3 AK les dispositions introduisant deux clauses générales « à contenu ouvert » du droit privé grec, celle de la prohibition sous peine de nullité des actes juridiques contraires aux bonnes mœurs (art. 178-179 AK) et celle de l'interdiction de l'exercice abusif des droits subjectifs (art. 281 AK). Inspirée de la conception allemande sur la notion et le rôle des bonnes mœurs en droit privé, la clause générale des bonnes mœurs du droit grec est d'ailleurs beaucoup plus extensivement conçue et est destinée à avoir un rôle juridique beaucoup plus important que celle respective française, un rôle régulateur particulièrement intéressant entre autres domaines en matière économique et correspondant dans une large mesure à celui de l'ordre public « virtuel » de la conception française. La clause de prohibition des actes juridiques contraires aux bonnes mœurs englobe ainsi pour le droit grec selon l'art. 179 AK à titre indicatif et surtout la prohibition des engagements excessifs de la liberté de la personne humaine, mais aussi celle de quelques déséquilibres intolérables dans les contrats à titre onéreux, notamment synallagmatiques (v. infra Partie I) – chacun de ces deux cas pouvant trouver application dans le contrat de société<sup>18</sup>. L'effort de la doctrine grecque de trouver un critère de concrétisation des bonnes

---

ce sens (en grec) I. Papadakis « La restriction d'ordre public de la liberté contractuelle », Armenopoulos, 5, 124 et notamment D. Kioussopoulos, concl. précitées, p. 661 (écartant l'arrêt précité de la Cour de Cassation française et la définition d'A. Colin et H. Capitant in t. II, § 86 comme base pour la conception grecque de l'ordre public). V. toutefois Kafkas op. cit., p. 66 sur le rôle déterminant du juge dans la caractérisation d'une règle d'ordre public dans le silence de la loi, acceptant ainsi une sorte de « virtualité ». Pour le rôle historiquement majeur en droit anglais d'une « public policy » d'origine purement judiciaire limitant la liberté contractuelle et pour le frein au pouvoir créatif du juge en la matière par l'arrêt *Fender v. Mildway* (1937) de la Chambre des Lords v. *Smith and Keenan's* « English Law », Pearson – Longman 2007, 15<sup>e</sup> éd. (par D. Keenan) p. 370 suiv.

<sup>17</sup> Cet ordre public de droit international privé de l'art. 33 AK – jouant le rôle de limite à l'application en Grèce d'une règle de droit étranger normalement applicable par le jeu des règles de conflit de lois – est conçu comme l'ensemble des principes et conceptions d'importance primordiale et fondamentale régissant la vie du pays à un temps donné. Il n'englobe pas toutes les dispositions de droit impératif et il n'est pas nécessairement contenu dans des dispositions particulières impératives. Il englobe d'ailleurs les bonnes mœurs. V. Sp. Vrellis « Droit international privé » (en grec), éd. Ant. Sakkoulas 2001, 2<sup>e</sup> édition, p. 120, 121. Cf. avec l'exception d'ordre public de droit international privé français, en principe plus étroit que l'ordre public interne, mais n'ayant pas évité le mélange avec ce dernier – v. R. Libchaber in « L'ordre public à la fin du XX<sup>e</sup> siècle » (dir. Th. Révet), p. 65.

<sup>18</sup> La notion de bonnes mœurs des art. 178-179 AK est inspirée – avec quelques différences – par celle du § 138 du BGB (Code civil allemand). Elle est traditionnellement définie par la doctrine selon les conceptions de l'homme social pensant honnêtement et prudemment v. G. Balis « Principes généraux », § 64, p. 182. Pour les bonnes mœurs en droit allemand v. Cl. Witz « Droit privé allemand 1. Actes juridiques, droits subjectifs » Litec 1992, n<sup>o</sup> 246 suiv., F. Ferrand « Droit

mœurs plus objectif que celui traditionnel des conceptions de « l'homme social pensant honnêtement et prudemment » l'a d'ailleurs conduite à un certain rapprochement avec la notion française d'ordre public, rapprochement qui ne laisse pas sans influence le droit des sociétés. Ont été ainsi réputées comme critères pour la concrétisation de la notion de bonnes mœurs les conceptions fondamentales de caractère moral, social, politique, économique de la société grecque, telles qu'elles résultent de l'ensemble du droit positif et notamment de la Constitution grecque<sup>19</sup>. La doctrine civiliste aujourd'hui dominante –ayant une influence certaine sur la jurisprudence– considère ainsi qu'un ordre public interne de provenance notamment constitutionnelle et apparenté à celui de l'art. 33 AK agit dans les relations privées par le biais de la clause générale des bonnes mœurs, mais aussi, peut-on ajouter, par le biais de l'interdiction de l'abus de droit. Cet ordre public de l'esprit de la Constitution et plus généralement du droit positif peut aller plus loin que l'ensemble des dispositions expresses d'ordre public, en comblant les lacunes que ces dernières laissent, notamment en matière économique<sup>20</sup>. Comme valeurs fondamentales de la société grecque

---

prive allemand », Précis Dalloz, 1997 n° 219 suiv. Sur le caractère synallagmatique du contrat de société en droit grec v. ci-dessous, Partie I. D'un esprit différent en la matière, le droit français fait référence à la notion de bonnes mœurs comme limite à la liberté contractuelle dans les art. 6, 1131, 1133 C.Civ., à côté de celle d'ordre public. Toutefois, la tendance est historiquement d'y voir plutôt le respect de la moralité publique nécessaire pour le maintien de la cohésion sociale, définie selon les conceptions des « honnêtes gens » et concernant principalement la morale sexuelle, cette dernière étant réputée étroitement liée à la protection de la famille, institution par excellence d'ordre public. Ainsi, comme l'ordre public exprime souvent par ses prohibitions les conceptions morales dominantes de la société française, la notion de bonnes mœurs elle-même a plutôt un rôle juridique accessoire en droit privé français, visant traditionnellement surtout à la suppression de contrats entachés dans leur objet ou leur cause par des situations d'adultère, de concubinage, de prostitution – ou, en dehors de la morale sexuelle, de gain immoral, rôle d'ailleurs aujourd'hui en déclin à cause de l'« évolution » des mœurs. V. sur l'ensemble de la question J. Carbonnier op. cit. n° 73, p. 144 suiv., J. Flour - J.L. Aubert - E. Savaux op. cit. n° 277, 290. Sur la crise de la notion v. J. Flour - J.L. Aubert - E. Savaux n° 290, F. Terré - Ph. Simler - Y. Lequette op. cit., n° 386 suiv., D. Fenouillet « Les bonnes mœurs sont mortes, vive l'ordre public philanthropique », Mélanges Catala 2001, p. 487.

<sup>19</sup> N. Papantoniou « Principes généraux » précité § 73, p. 430 suiv., Ap. Georgiadis « Principes généraux », précité, § 36, p. 469, I. Spyridakis « Manuel de droit civil » (en grec), éd. A.N. Sakkoula 2004, 2<sup>e</sup> édition. Bien sûr la conception plus ancienne considèrerait d'ordre public les dispositions concernant la liberté –individuelle, économique, religieuse– (v. K. Kafkas, art. précité, p. 67 suiv.), les nouvelles conceptions permettent le rayonnement de l'ensemble des valeurs constitutionnelles dans les relations privées par le biais d'une clause générale de l'AK d'importance capitale. Cf. avec le mouvement de « constitutionnalisation » du droit privé français, v. N. Molfessis « Le Conseil constitutionnel et le droit privé », thèse LGDJ 1997, préface M. Gobert et infra sur l'effet direct des dispositions constitutionnelles dans les relations privées en droit grec après la réforme de la Constitution en 2001.

<sup>20</sup> N. Papantoniou op. cit. p. 433, Ap. Georgiadis op. cit. p. 470, qui constatent le rapprochement avec la notion d'ordre public de l'art. 33 AK et soulignent l'utilité de la nouvelle approche des bonnes mœurs notamment pour le droit des transactions économiques. Pour le précédent de l'effort de concrétisation de la clause générale des bonnes mœurs en Allemagne par le recours à

sont considérées principalement la valeur de l'être humain (art. 2 § 1 de la Constitution), l'égalité entre citoyens (4 § 1 Const.), indépendamment de leur sexe (4 § 2 Const.), la liberté de développement de la personnalité humaine, dont fait partie la liberté économique (5 § 1 Const.), la liberté religieuse (13 § 1 Const.), cette liste n'étant pas limitative<sup>21</sup>. Cette nouvelle approche de l'ordre public et des bonnes moeurs rayonne bien sûr dans la vie des sociétés, comme d'ailleurs elle rayonne sur tout acte juridique ou personne morale de droit privé. C'est d'ailleurs en ce sens des conceptions fondamentales du droit grec que l'art. 4a de la loi 2190/1920 sur les SA de droit grec (article introduit en 1986 pour la transposition de la première directive communautaire sur les sociétés) sanctionne par la nullité les sociétés anonymes ayant un objet contraire à l'ordre public, objet que la disposition distingue de celui contraire à la loi –évidemment la loi impérative<sup>22</sup> (v. infra Partie I sur cette question de la nullité).

#### **La définition de l'ordre public économique sociétaire comme base de la comparaison**

La conclusion de cette comparaison est que tant le droit français que le droit grec – malgré leurs différences– retiennent aujourd'hui des conceptions larges et variables de l'ordre public, ce dernier pouvant s'étendre à l'ensemble des règles de droit impératives, mais aussi aux conceptions et valeurs essentielles des deux sociétés respectives (au sens général). Mais la question d'une définition de l'ordre public sociétaire pouvant servir de base à la comparaison demeure ouverte, d'autant plus que les deux droits sous comparaison diffèrent quant à l'existence ou non d'un ordre public des sociétés de droit commun (dispositions d'ordre public s'appliquant à toute forme sociale). En outre, la vie des sociétés en France et en Grèce est de plus en plus soumise à l'impact de règles impératives ne provenant pas du droit des sociétés stricto sensu : le droit des marchés financiers, le droit fiscal, le droit social, le droit de la concurrence, le droit pénal de affaires, le droit des procédures collectives, chacun avec son impératif, tendent à pénétrer les mécanismes

---

une notion d'ordre public de provenance essentiellement constitutionnelle, v. K. Simitis « Gutte Sitten und Ordre public », thèse Marbourg 1960 (en allemand), Cl. Witz op. cit. n° 250, F. Ferrand op. cit., n° 220.

<sup>21</sup> V. aussi notamment Areios Pagos (As. Plen) 4/2005, Elliniki Dikaiocini 2005, 382 donnant une définition à l' « ordre public » de l'art. 105 AK (fondant la dissolution d'une association pour non-conformité de son objet avec cet ordre public interne) identique à celle traditionnellement donnée à l'ordre public de l'art. 33 AK.

<sup>22</sup> V. L. Karagounidis in « Le droit de la société anonyme » (en grec) de E. Perakis (dir.), Nomiki Vivliothiki 2002, 2<sup>e</sup> édition, t. 1, p. 600, considérant toutefois que la référence à un objet contraire à l'ordre public n'ajoute pas grand-chose à la référence à un objet contraire à la loi du même article.

sociétaires. Le problème se pose par conséquent si tout cet impératif doit trouver sa place dans l'ordre public sociétaire.

En tenant compte de la réalité de la vie des sociétés dans les deux pays sous comparaison, on ne peut pas ignorer l'impact de cet ordre public économique sur le droit des sociétés. Nous allons par conséquent définir comme ordre public économique sociétaire l'ensemble des dispositions et principes d'ordre public qui –indépendamment de leur provenance– agissent dans l'organisation sociétaire de l'activité économique, à savoir dans la détermination de l'identité juridique, la naissance, les mécanismes de contrôle de licéité, la structuration et ses modifications, la gouvernance, ainsi que la fin des sociétés, mais aussi dans les relations nouées autour de la société avec un caractère *ratione societatis*, autrement dit avec un caractère organisationnel indirect. Cette définition sera le fondement de la comparaison à entreprendre entre le droit français et le droit grec<sup>23</sup>. L'ordre public économique sociétaire tel que nous l'entendons n'est pas un amas de règles de provenance de différentes branches du droit, chacune avec ses finalités et techniques propres. L'unité dans l'approche de toutes ces règles de provenances différentes se trouve du point de vue de notre étude dans leur objet de régulation, l'organisation sociétaire de l'exercice de l'activité économique. Il s'agit plus particulièrement de l'organisation juridique par le biais des structures sociétaires de l'entreprise comme entité de base de cette activité, champ principal d'exercice du pouvoir privé économique, mais aussi organisation économique et sociale avec sa dynamique propre impliquant en plus souvent l'intérêt général. Cette unité d'objet de régulation de la société comme structure juridique de l'entreprise permet une approche interdisciplinaire, au prolongement de celles françaises du droit des affaires, du droit économique et notamment du droit de l'entreprise<sup>24</sup>. C'est cet objet qui donne à l'ordre

---

<sup>23</sup> Comme nous allons voir ci-dessous, le droit grec reconnaît l'existence de sociétés –de l'AK– n'ayant pas une finalité économique. Cela ne change pas le fait que, pour le droit grec, la finalité-type de la société, même de celle de l'AK, est économique.

<sup>24</sup> Toutes ces approches de la doctrine française ont comme élément commun l'effort d'interdisciplinarité et de dépassement du droit commercial au sens traditionnel. Toutefois, chacune d'elles exprime un point de vue particulier sur la relation du droit et de l'économie, non étranger souvent aux points de vue plus généraux des auteurs sur l'économie et la Société : les « affaires » comme domaine de naissance et d'application d'un droit avec un esprit différent de celui du droit civil, dépassant en plus largement le domaine d'application et le contenu du droit commercial traditionnel, un droit orienté au service des besoins de la pratique des affaires (droit des affaires) ; l'entreprise comme unité de base de l'économie avec sa dynamique propre, ayant besoin d'un rôle organisateur du droit (droit de l'entreprise) ; les phénomènes du pouvoir économique et de sa concentration comme phénomènes centraux de l'économie contemporaine (droit économique). Malgré leurs divergences, ces approches ne manquent pas d'une certaine complémentarité, souvent d'ailleurs n'étant pas exclusives l'une de l'autre chez un même auteur. La spécificité de notre sujet qui est de droit des sociétés nous amène à privilégier principalement une approche de droit de l'entreprise –en tenant toutefois compte des phénomènes du pouvoir économique et de sa

public sociétaire sa qualification d'« économique », bien qu'il y ait des principes et dispositions faisant partie de cet ordre public qui n'ont pas une finalité exclusivement (ou même principalement) économique : on ne pourrait pas d'ailleurs comprendre l'économique sans le situer dans l'ensemble des institutions et valeurs fondamentales qui le sous-tendent, l'encadrent et le régissent dans chaque société (au sens large). Cette même unité d'objet de régulation permet de dégager une structure de l'ordre public économique sociétaire, selon le rôle de chaque branche du droit dans l'organisation sociétaire des activités économiques : ainsi, l'impératif du droit des sociétés dans sa relation dialectique avec les grandes catégories du droit privé demeure le noyau de l'ordre public économique sociétaire – sous réserve faite pour le rôle toujours plus important du droit des marchés financiers dans la vie des sociétés cotées. Les fondements de ce noyau d'ordre public économique sociétaire se trouvent dans l'ordre public politique et économique plus général. Des règles impératives de provenance d'autres branches du droit font partie de l'ordre public économique sociétaire dans la mesure où elles servent, infléchissent ou même écartent le jeu normal du « noyau dur » de la notion – ou dans la mesure où elles ont une influence déterminante sur les relations des particuliers avec le phénomène sociétaire.

### **Les fonctions de l'ordre public économique sociétaire**

La question qui se pose par la suite est celle des fonctions qu'assume dans chacun des deux pays sous comparaison – la France et la Grèce – l'ordre public économique sociétaire tel que défini ci-dessus. L'hypothèse que nous avançons – hypothèse à vérifier dans la suite des développements – est celle d'une triple fonction. Il s'agit ainsi d'abord d'une fonction de limitation du phénomène sociétaire. Limitation peut néanmoins signifier deux choses : en premier lieu, on limite un phénomène conceptuellement en le définissant, en précisant ses caractères essentiels (cette relation entre définition et limitation étant d'ailleurs

---

concentration (approche du droit économique), mais aussi de l'esprit particulier du droit des affaires, exprimé d'ailleurs par le phénomène des montages.

Pour la démarche exprimée par chacun de ces courants v. Cl. Champaud « Contribution à la définition du droit économique », Dalloz 1967, chr. 215, du même « Droit des affaires », PUF « Que sais-je » 1986, 2<sup>e</sup> édition, J. Paillusseau « La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise », thèse Rennes, Sirey 1967, E. Alfandari « Droit des affaires », Litec 1993, G. Farjat « Droit économique » PUF 1982, 2<sup>e</sup> édition, du même « Pour un droit économique », PUF, coll. Les voies du droit, 2004. V. aussi P. Didier « Droit commercial. Introduction générale. L'entreprise commerciale » *Economica* 2005 (avec Ph. Didier), no 2 suiv. F. Dekeuwer-Défossez (avec E. Barry-Clement) « Droit commercial » Montchrestien 2001, 7<sup>e</sup> édition, p. 20 suiv., A. Pirovano « Introduction critique au droit commercial contemporain », *RTD com.* 1984, p. 219.

particulièrement étroite en grec sur le plan étymologique)<sup>25</sup>. L'ordre public économique sociétaire définit ainsi l'« essence » du phénomène sociétaire tel qu'il est offert par le droit à l'activité privée économique. En second lieu, l'ordre public économique sociétaire limite le phénomène sociétaire stricto sensu, en lui imposant les limites de l'illicite ou en intervenant restrictivement dans son déroulement quand des intérêts dignes de protection l'imposent. La deuxième fonction de l'ordre public économique sociétaire n'est pas limitative mais protectrice des libertés<sup>26</sup>. Il s'agit évidemment de la liberté de constituer une société, mais aussi plus généralement de libertés et droits fondamentaux<sup>27</sup>. Ainsi la constitution et la vie des sociétés ne peuvent pas être accompagnées d'engagements excessifs du point de vue de l'ordre public général, ni de situations de subordination généralisée, de ruptures excessives d'égalité ou d'atteintes à la dignité humaine : l'organisation économique par le biais de sociétés ne peut méconnaître les valeurs fondamentales d'une société (au sens large) se voulant démocratique et libérale dans laquelle l'organisation a lieu. La troisième fonction de l'ordre public économique sociétaire est constructive : en premier lieu, l'ordre public économique sociétaire intervient comme facteur d'organisation dans les structures sociétaires, en s'efforçant de mettre en place des structures efficaces et acceptables d'exercice du pouvoir privé économique mais aussi de résoudre avec le moindre « coût » possible les conflits d'intérêts dans ou autour de la société<sup>28</sup>. Il s'agit principalement des conflits entre créanciers sociaux et associés, entre associés et dirigeants, entre associés majoritaires et minoritaires, des conflits avec des intensités différentes selon la forme sociale dont l'organisation doit être mise en place. La liste peut être étendue avec la prise en compte d'autres intérêts liés à l'entreprise dont la société est réputée être la forme juridique, et notamment de ceux des salariés. Il est plausible de soutenir que dans certaines formes sociétaires l'ordre public économique sociétaire peut être un meilleur organisateur que la liberté contractuelle eu égard de la spécificité des conflits d'intérêts impliqués mais

---

<sup>25</sup> En grec *hóron* (limite, frontière) et *horismós* (définition) proviennent du verbe *horiso* (limiter, fixer, définir).

<sup>26</sup> Sur cette fonction plus générale de l'ordre public de protéger la liberté v. M.C. Vincent – Legoux, op. cit., p. 123 suiv.

<sup>27</sup> V. Allegaert « Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux », thèse Aix, PUAM 2005, préface F.X. Lucas.

<sup>28</sup> Sur ce rôle organisateur du droit des sociétés v. les nombreux articles du Pr. Jean Paillusseau depuis sa thèse sur la société anonyme comme technique d'organisation de l'entreprise (précitée) et notamment « Les fondements du droit moderne des sociétés », JCP 1984, I, 3148, « La logique organisationnelle dans le droit : l'exemple du droit des sociétés », Mélanges Beguin, Litec 2005, p. 567. Sur les conflits d'intérêts dans la société anonyme v. l'ouvrage du Pr. Dominique Schmidt « Les conflits d'intérêts dans la SA », Joly édition 2004, (version nouvelle).

aussi de l'implication dans ces formes sociales de l'intérêt général<sup>29</sup>. En second lieu, des phénomènes juridiques particulièrement importants pour la vie des sociétés –leur personnalité morale avec son mécanisme complexe pour les formes sociales développées et, greffées sur elle, la responsabilité limitée aux apports dans les sociétés de capitaux et la négociabilité des actions– ne semblent pas être de simples résultats de la liberté contractuelle, du moins dans leurs formes achevées et juridiquement sûres. Ils sont plutôt des produits du droit positif, de provenance législative (ou jurisprudentielle). G. Ripert remarquait ainsi que la société anonyme –forme sociale qui combine au mieux les caractéristiques précitées– n'a pas été une création de la liberté contractuelle, mais une création de la loi, les lois ayant ainsi en droit des sociétés un rôle constructif et positif<sup>30</sup>. La reconnaissance –ou plutôt la création– de tels phénomènes nécessaires pour la vie des sociétés les plus développées est aujourd'hui largement soumise par le droit au respect d'ensembles de règles d'ordre public que la loi prévoit : ainsi dans plusieurs cas l'ordre public ne prohibe pas, mais il contient des prescriptions dont le respect est jugé nécessaire comme condition de la reconnaissance –ou comme conséquence– de l'effet bénéfique (p.ex. constitution d'une société comme personne morale, son introduction à la Bourse) recherché par les particuliers. De la sorte, dans tous ces cas on peut parler d'un rôle constructif et positif de l'ordre public économique sociétaire.

### **Les “couches” historiques de l'ordre public économique sociétaire**

Le meilleur déroulement de la comparaison et la meilleure compréhension de ses enjeux peuvent peut-être être aidés par une distinction historique au sein de l'ordre public économique sociétaire, proposée une fois encore comme hypothèse à vérifier dans chacun des deux droits sous comparaison – celui français et celui grec. Il s'agit d'une distinction fondée sur les « couches » historiques –prises comme types idéaux– de la formation du droit des sociétés et de son ordre public, « couches » pouvant coexister aujourd'hui au sein

---

<sup>29</sup> En ce sens sur l'organisation des sociétés par le législateur J. Paillusseau « La logique organisationnelle dans le droit... », article précité, p. 578 suiv., 598 suiv.

<sup>30</sup> « Les aspects juridiques du capitalisme moderne », LGDJ 1951, 2<sup>e</sup> édition, n<sup>o</sup> 47, p. 111. Pour deux auteurs comparatistes américains, MM H. Hansmann et R. Krakman, la personnalité morale est celle parmi les caractéristiques de la « corporation » qui n'aurait pas pu être produite par la seule liberté contractuelle, et elle est une création de la loi. Pour les autres caractéristiques de cette forme sociale (responsabilité limitée, négociabilité –transferability– des actions, administration par conseil, propriété des investisseurs privés-investor ownership) ils acceptent que la liberté contractuelle aurait pu les produire sans intervention légale « en théorie », tout en soulignant la relation étroite entre la personnalité morale, la responsabilité limitée et la négociabilité des actions v. « The Essential Role of Organizational Law », The Yale Law Journal, 110 : 387, des mêmes (dir.) « The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional approach », Oxford University Press 2004, p. 5 suiv.

de ces derniers. La première « couche » est celle correspondant à la société–contrat entre personnes liées entre elles avec de forts liens de confiance, liens qu'on a pu même qualifier dans le passé de quasi–fraternels<sup>31</sup>. Cette société–contrat peut être prolongée par une indivision de biens sociaux entre associés, mais cela n'est pas nécessaire. Très sensible aux changements survenant aux personnes des associés, la société–contrat ne sert pas nécessairement une entreprise commune des associés, bien que ce soit le plus souvent le cas, du moins si l'on englobe à la notion d'entreprise des opérations à but lucratif ponctuelles<sup>32</sup>. L'ordre public de cette forme de société est en principe réduit au respect de l'ordre public –économique et politique– général, mais beaucoup d'importance est donnée à l'existence de liens contractuels d'égalité et de coopération active entre associés. La seconde « couche » de l'ordre public économique sociétaire est celle destinée aux caractéristiques d'une société–entreprise à laquelle est reconnue la personnalité morale et son autonomie juridique par rapport aux associés<sup>33</sup>. Ces associés sont essentiellement –à l'exception du chef d'entreprise– des apporteurs de capitaux dont l'identité a vocation à changer continuellement avec la cession des titres exprimant leurs droits sociaux. Les liens entre associés sont ainsi très lâches et la structure tend à devenir impersonnelle. L'impératif de cette espèce de sociétés est renforcé, car seule la liberté contractuelle n'aurait pas pu produire un tel mécanisme, mais aussi parce que plusieurs conflits d'intérêts surgissent, d'autant plus que le bon fonctionnement de l'entité concerne maintenant l'intérêt général. Selon les périodes, cette société–entreprise personnifiée peut être plus ou moins pénétrée par les marchés financiers et soumise aux objectifs de la politique de la concurrence. La troisième « couche » correspond à l'apparition de la société–simple instrument de gestion d'intérêts multiples, libérée du caractère contractuel et multipersonnel et/ou de celui d'être la structure juridique d'une entreprise – phénomène étroitement lié à celui des montages.

---

<sup>31</sup> Pour les premières formes connues de telles sociétés– contrats en Grèce ancienne v. I. Passias « Le droit de la société anonyme » (en grec), Athènes 1955, t. I, p. 53 suiv. Pour le contrat de société romain v. R. Sramkiewitz « Histoire du droit des affaires », Montchrestien 1989, n.63, D. Gofas « Histoire et cours de droit romain » (en grec), éd. AN. Sakkoula 1994, 3 éd., V, p. 240 suiv.

<sup>32</sup> On rencontre dans les formes du contrat de société de l'Antiquité certaines qui ne servent pas un but lucratif - v. A. Tsirintanis « Éléments de droit commercial » (en grec), Athènes 1962, éd. « To Nomikon » Nik. A. Sakkoula, 4<sup>e</sup> édition, p. 4, D. Gofas, op. cit., p. 241. Mais dès l'Antiquité l'utilisation la plus fréquente du contrat de société est dans un but lucratif. Pourtant, les exemples utilisés par Pothier au XVIII<sup>e</sup> siècle pour illustrer le contrat de société en général sont celles de sieurs qui achètent en commun une voiture pour leurs déplacements ou des fermiers achetant en commun une vache pour en avoir le lait (P. Didier, t. II, p. 21).

<sup>33</sup> Peut-être la première forme de société à laquelle la personnalité morale est reconnue est-elle la société des publicains romains, la question n'étant pas toutefois exempte d'incertitudes. Mais la société - entreprise comme nous la présentons correspond typiquement à la société anonyme moderne de caractère ouvert.



Sous cette catégorie de la société-instrument de gestion d'intérêts on peut englober des phénomènes hétérogènes, comme les sociétés unipersonnelles, les sociétés holding, les sociétés de gestion patrimoniale, les sociétés off-shore. L'ordre public économique sociétaire peut varier selon le pays d'un rejet total face à la société-instrument de gestion d'intérêts jusqu'à une attitude ultra-permissive à son égard. La suite des développements va montrer dans quelle mesure les ordres publics économiques sociétaires français et grec correspondent à cette « généalogie » proposée comme hypothèse de travail.

### **Ordre public économique sociétaire et autonomie privée**

L'ordre public économique sociétaire opère dans la vie des sociétés en concours et en concurrence avec l'autonomie privée et la liberté contractuelle. Le renforcement de l'impératif sociétaire dans le passé avait posé la question d'un renversement éventuelle du principe fondamental du droit privé –aussi bien français que grec– de l'autonomie privée dans le domaine des sociétés<sup>34</sup>, de façon qu'en droit de sociétés cette dernière ne devienne l'exception, pouvant jouer seulement dans les cas autorisés par la loi. Le droit allemand des

---

<sup>34</sup> Le terme « autonomie privée » que nous utilisons mérite quelques explications : en France, on utilise le terme « liberté contractuelle », rattachée à l'article 1134 C.Civ., mais aussi à celui 1165 (sur la force obligatoire du contrat). Selon une conception dominante dans le passé, la liberté contractuelle était fondée sur et expliquée par le recours au principe philosophico-juridique – de provenance kantienne– de l'autonomie de la volonté, l'individu libre ne pouvant se trouver engagé que par sa seule volonté. Une fois engagé librement, il devait respecter la « loi » qu'il s'est donnée, tout ce qui est contractuel étant par ailleurs réputé juste. L'une des conséquences de cette considération était que l'ordre public ne se présentait que comme une exception, devant être strictement interprétée. La doctrine française a abandonné cette théorie comme ne correspondant pas à la réalité juridique et sociale et comme insuffisante pour expliquer la force obligatoire du contrat. V. sur le débat et les fondements alternatifs proposés, J. Flour - J.L. Aubert - E. Savaux op. cit. n° 96 suiv. J. Ghestin - G. Goubeaux - M. Fabre-Magnan « Introduction au droit civil », LGDJ 1994, 4<sup>e</sup> édition. n° 184 suiv. n° 223 suiv. in « Traite de droit civil » de J. Ghestin (dir.) En Grèce, la doctrine utilise les termes autonomie privée (*idiotiki aftonomia*), autonomie de la volonté (*aftonomia tis vouticis*) ou liberté de produire des actes juridiques (*dikaiopraktiki eleftheria*), dont fait partie la liberté contractuelle (361 AK). La doctrine considère d'une façon positiviste que le fondement de l'autonomie privée tellement entendu est le droit, l'ordre juridique en général v. A. Gazis « Principes généraux du droit civil » (en grec), Athènes 1970, § 11 p. 82. Nous utilisons le terme autonomie privée pour exprimer ce que les termes liberté contractuelle et liberté de produire des actes juridiques expriment essentiellement, à savoir le pouvoir de principe reconnu par le droit privé à la personne juridique de déterminer librement ses relations juridiques privées par contrat, acte collectif ou, plus rarement, acte juridique unilatéral. Le problème qui nous préoccupera essentiellement est celui des limites de cette autonomie privée en droit des sociétés. Notre point de vue plus général, est que l'autonomie privée demeure principe fondamental du droit privé, mais qu'elle doit coexister et composer avec les exigences de la vie en société (au sens général) et les autres finalités du droit (protection des valeurs sociales essentielles, de la confiance légitime, de l'intérêt général). L'ordre public est ainsi une limite, mais non seulement une exception pour l'autonomie privée. V. en ce sens N. Papantoniou « Principes généraux » (en grec), p.262-263.

sociétés anonymes avait donné une pareille solution en ce qui concerne la liberté statutaire dans cette forme sociale, en ne la reconnaissant qu'à titre exceptionnel<sup>35</sup>. Malgré les incertitudes entourant la question, ni le droit français ni le droit grec n'ont proclamé un tel principe, et l'évolution récente des deux droits est plutôt vers la réaffirmation de l'autonomie privée même en matière des sociétés de capitaux –bien entendu sous réserve du respect des nombreuses dispositions et des principes d'ordre public<sup>36</sup>. En plus, les dernières années ont vu un recul important de l'ordre public sociétair stricto sensu sur plusieurs points, aussi bien en France qu'en Grèce, au profit de la liberté contractuelle et de l'autonomie privée. Cette tendance –qui ne doit être ni sous-estimée ni sur-estimée, car des tendances inverses jouent dans certains domaines importants de notre matière– sera mieux abordée dans le cadre d'une approche de l'évolution du droit des sociétés dans les deux pays. Toutefois, avant cette approche ayant sa place d'abord dans la Section III de l'Introduction nous allons aborder la notion de montages, notion par le biais de laquelle se pose avec toute son acuité le problème des relations entre l'ordre public économique sociétair et l'autonomie privée.

## II. PREMIÈRE APPROCHE DE LA NOTION DE MONTAGES

### Généralités

Le terme français de montage a pris dans son parcours historique plusieurs acceptions selon le domaine de l'activité humaine dans lequel il a été utilisé<sup>37</sup>. Il a même fait des apparitions sporadiques dans la législation française<sup>38</sup>, sans pour autant être consacré par elle comme notion juridique autonome. Le même terme de montage a été utilisé par la presse française des années 1980 pour signaler des constructions juridico-économiques, notamment financières, caractérisées par leur complexité, destinées au service de finalités tantôt licites, tantôt illicites. C'est à cette même époque que le terme a commencé à faire

---

<sup>35</sup> Sur cette question de l'autonomie privée – telle que définie ci-dessus- et le droit des sociétés v. M. Jeantin « Droit des obligations et droit des sociétés », J.-P. Bertrel « Liberté contractuelle et sociétés : essai d'une théorie du juste milieu en droit des sociétés », RTD com. 1996, p. 564, S. Mouzoulas « L'application du principe de l'autonomie de la volonté en droit de l'AE » (en grec), rapport au 4<sup>e</sup> Congrès des commercialistes grecs (1994), E. Perakis « Aménagements statutaires de la société anonyme » (en grec), rapport au 13<sup>e</sup> Congrès des commercialistes grecs (2003), p. 95 suiv., N. Tellis « Mandatory and no mandatory rules in corporate law », RHDI (Revue Hellénique de Droit International) 2002, 9.

<sup>36</sup> § 23 AKtG - v. M. Fromont « Droit allemand des affaires », Montchrestien 2001, no 447 suiv.

<sup>37</sup> V. l'entrée « montage » dans le Grand Dictionnaire Encyclopédique Larousse et le Grand Robert.

<sup>38</sup> V. ainsi 226-8 de l'ancien Code pénal.

son apparition dans la jurisprudence française avec le même contenu que dans la presse, à l'occasion de litiges dans les matières notamment financière et fiscale et exprimant la même hétérogénéité de finalités<sup>39</sup>.

### **La notion de montage pour la doctrine française**

La notion de montage juridique a trouvé une consécration doctrinale dans les années 1990 grâce à deux thèses remarquées, celle de M.J.-Ph. Dom et celle de M.D. Poracchia<sup>40</sup>. Pour M. Dom, le montage juridique est l'élaboration dans un contexte juridique donné d'une construction faite de plusieurs actes, dont la réalisation permettra aux parties de dépasser la situation objective qui les contraint actuellement. Le montage est ainsi défini comme une combinaison finalisée d'actes juridiques ordonnés et interdépendants<sup>41</sup>. Cet assemblage finalisé d'actes crée une situation différente tant de celle qu'aurait engendrée chaque acte pris isolément que de celle produite par un acte équivalent légalement et directement applicable<sup>42</sup>. Pour M. Poracchia, les montages résultent des choix et des assemblages d'éléments juridiques, financiers etc., en vue de la réalisation d'une opération économique et ils peuvent être analysés comme des réponses appropriées à des situations particulières ou nouvelles<sup>43</sup>. Selon ce même auteur, la spécificité du montage par rapport à d'autres cas d'ensembles contractuels réside dans sa dynamique, sa finalité commune<sup>44</sup>. Pour M.M. Dom et Poracchia, le montage traduit un effort de « maximisation (des avantages juridicoéconomiques des promoteurs) sous contrainte »<sup>45</sup>, la notion de montages étant ainsi apparentée à l'idée que l'économie néoclassique se fait de la rationalité économique (optimisation sous la contrainte de la rareté des ressources). Toutefois, cette utilisation de la notion de montages pour exprimer la combinaison de plusieurs actes juridiques interdépendants et servant une finalité unique n'est pas la seule et le terme montage est souvent utilisé plus librement, dans le sens plus général de construction juridique atypique, p.ex. pour les cas l'utilisation d'une institution connue dans une finalité dérogatoire ou atypique par rapport à celle à laquelle la loi la destine en principe .

---

<sup>39</sup> V. p.ex. CE 2 juillet 1986, Dr. Fiscal 1986, com. 2226, concl. O. Fouquet, CE 15 février 1992, JCP éd N. 1993 II p. 126 note D.F., Cass. Com. 9 juillet 1991, Lexilaser n° 1074.

<sup>40</sup> J.-Ph. Dom. « Les montages en droit des sociétés », thèse Bordeaux 1994, Joly éditions 1998, préface P. Le Cannu, D. Poracchia « La réception juridique des montages conçus par les professionnels » thèse Aix, PUAM 1998, préface J. Mestre.

<sup>41</sup> J.Ph. Dom, thèse précitée, n° 20.

<sup>42</sup> Op. cit., n° 20.

<sup>43</sup> D. Poracchia, thèse précitée, n°s 17 suiv.

<sup>44</sup> Op. cit., n° 26.

<sup>45</sup> J.Ph. Dom., op. cit., n° 17 suiv., D. Poracchia, op. cit., n° 28.

M. Dom a consacré sa thèse à l'étude des montages dans le domaine du droit des sociétés. Il observe que la plupart des montages contiennent une structure sociétaire et il attribue ce fait à la stabilité que la société peut donner à la dynamique du montage<sup>46</sup>. La société, avec son autonomie juridique, sa pérennité, sa possibilité de contracter mais aussi de participer à d'autres sociétés présente des avantages décisifs pour les promoteurs des montages, en multipliant leur puissance<sup>47</sup>. En même temps les sociétés peuvent être l'objet de multiples aménagements par le biais de conventions extra-statutaires, aménagements qui peuvent adapter ces structures aux besoins particuliers des promoteurs des montages<sup>48</sup>. Ainsi l'auteur constate que la société est généralement la pièce maîtresse des montages, pouvant à la fois en constituer un des éléments et une des sources<sup>49</sup>. Ces considérations lui ont donné la possibilité d'étudier dans le cadre de la notion de montages un ensemble de phénomènes rencontrés en droit des sociétés et permettant la valorisation ou la protection d'un côté du pouvoir (dans une société ou une entreprise) et d'autre côté d'un patrimoine (patrimoine social, mais aussi individuel et familial).

#### **L'absence d'une notion de montage dégagée par la doctrine grecque**

La langue grecque ne dispose pas d'un vocable correspondant exactement à celui français de montage. Le terme montage est toutefois utilisé lui-même en grec avec son acception cinématographique et technique. La doctrine grecque n'a pas par ailleurs dégagé une notion synthétique destinée à englober des combinaisons d'actes coordonnés, interdépendants et finalisés que la doctrine française appréhende avec la notion de montages<sup>50</sup>. Toutefois, la plupart des phénomènes que la doctrine française examine sous le titre des montages existent aussi dans la réalité juridico-économique grecque et plus particulièrement dans la réalité des sociétés. Pour ne citer que quelques exemples, pactes extra-statutaires façonnant des situations sociétaires « sur mesure », filiales communes, personnes interposées mises en place dans le souci de limitation de responsabilité, segmentation des risques, techniques de restructuration des groupes de sociétés, défenses anti-OPA – tous ces phénomènes se présentent dans la réalité juridique grecque. Ils sont d'ailleurs l'objet d'étude de la part de la doctrine, tout en engendrant des litiges que les tribunaux ont souvent à connaître. Néanmoins, l'absence de reconnaissance doctrinale ou jurisprudentielle d'une notion correspondant à celle de montages dans le but d'une synthèse conceptuelle de tous ces phénomènes nous invite à un examen plus approfondi des causes

---

<sup>46</sup> J.Ph. Dom, op. cit., no 11 suiv.

<sup>47</sup> Op. cit., n<sup>o</sup> 12.

<sup>48</sup> Op. cit., n<sup>o</sup> 12.

<sup>49</sup> Op. cit., n<sup>o</sup> 13.

<sup>50</sup> V. toutefois ci-dessous sur les « conventions liées » et leur fondement en droit grec.

de cette absence. En tout cas, cette dernière jette un doute quant à la transposabilité de la définition des montages donnée par la doctrine française dans la réalité juridique grecque.

### **La notion française de montage, au prolongement de la théorie française de la cause- les différences avec le droit grec**

La raison de l'absence de reconnaissance pour le moment par la doctrine grecque d'une notion juridique correspondant à celle française de montages et l'obstacle principal à la transposition en droit grec de la définition donnée à celle-ci par les auteurs français est, semble-t-il, l'existence de conceptions différentes en droit français et en droit grec sur la notion de cause. Le droit français est un droit causaliste, ce causalisme étant profondément enraciné dans la tradition juridique française<sup>51</sup>. C'est exactement la notion de cause prise dans un sens particulier qui sous-tend la définition des montages telle qu'exprimée par M.M. Dom et Poracchia. Plus particulièrement la théorie française des montages telle que construite par ces auteurs se situe au prolongement de la théorie des groupes de contrats, proposée dans les années 1970 par le Pr. B. Teyssié<sup>52</sup>. Il s'agissait d'un effort de tenir compte de la complexité dans le droit produite par les phénomènes de combinaison ou d'enchaînement de plusieurs contrats (groupes de contrats), des phénomènes développant une dynamique propre dépassant celle des contrats pris isolément et méritant à ce titre leur reconnaissance juridique et l'attribution d'effets juridiques particuliers. L'une des catégories de groupes de contrats est celle des ensembles contractuels, contrats entre les mêmes ou différentes personnes, unis par une communauté de cause qui consiste à la réalisation d'une opération juridicoéconomique globale<sup>53</sup>. Les montages tels que définis par M.M. Dom et Poracchia sont définis comme une sous-catégorie des ensembles contractuels<sup>54</sup>. Les montages tels que compris par ces deux auteurs ont la spécificité par rapport aux autres ensembles contractuels de servir une « maximisation sous contrainte » et, partant, d'être souvent d'une complexité accrue, impliquant la mobilisation d'une « technologie juridique » (pouvant même constituer une création d'esprit protégeable, selon M. Poracchia<sup>55</sup>). Comme cause commune donnant leur identité aux ensembles contractuels et partant aux montages,

---

<sup>51</sup> Sur la notion de cause en droit français v. J. Carbonnier « Les obligations », n° 58, p. 125 suiv., J. Flour - J.L. Aubert - E. Savaux, t. 1, n° 253 suiv. J. Ghestin « Traité de droit civil. La formation du contrat », Ph. Malaurie - L. Aynés « Droit civil. Les obligations ». t. 2, n° 207 suiv., F. Terré - Ph. Simler - Y. Lequette, n° 331 suiv., J. Rochfield « Cause », in Rép. civil Dalloz, 2005.

<sup>52</sup> B. Teyssié « Les groupes de contrats », thèse Montpellier, LGDJ 1975, préface J.-M. Mousseron.

<sup>53</sup> Sur les ensembles contractuels v. aussi J. Carbonnier, op. cit., n° 111, p. 125. F. Terré - Ph. Simler - Y. Lequette, op. cit., n° 348. J. Rochfield, op. cit., n° 81 suiv.

<sup>54</sup> J.-Ph. Dom, op. cit., n° 28 suiv., D. Poracchia, op. cit., n° 26, 127 suiv.

<sup>55</sup> D. Poracchia op. cit. n° 26, 134 suiv. V. aussi J.-Ph. Dom, op. cit., n° 32 suiv.

on doit entendre la cause subjective, les motifs déterminants qui ont conduit les parties à contracter, motifs déterminants communs aux parties ou propres à l'une d'elles, mais étant « entrés » au champ contractuel, étant connus et pris en compte par l'autre<sup>56</sup>. La notion de cause subjective est utilisée par le droit français principalement pour le contrôle de la licéité du contrat au moment de sa formation, mais la théorie des ensembles contractuels, au prolongement de celle d'Henri Capitant, ne la cantonne pas seulement à ce rôle<sup>57</sup> : elle en fait le fondement de la reconnaissance juridique des ensembles contractuels (et par conséquent des montages) et elle lui reconnaît des effets juridiques tout au long de la vie de l'ensemble. C'est au jour de cette cause subjective commune de réalisation d'une opération juridico-économique globale qu'on doit apprécier la licéité et l'équilibre de chaque contrat de l'ensemble (v. infra Partie I pour de plus amples développements sur la cause en droit français et son rôle dans le contrôle des montages sociétaires )<sup>58</sup>. Ces conceptions sur la cause et les ensembles contractuels ont exercé une influence certaine sur la jurisprudence dans une ambiance plus générale de néocausalisme apparu à la fin du XXe siècle en France<sup>59</sup>.

A la différence du droit français, et sans reconnaître un principe d'abstraction comme le droit allemand le fait, le droit grec admet largement des actes juridiques non causés et en plus, sa conception de la cause est elle-même objective et abstraite, dans un souci de sécurité juridique, tendant plutôt à isoler des actes juridiques<sup>60</sup>. Là où les motifs des parties

---

<sup>56</sup> Sur cet aspect de la cause v. p.ex. J. Carbonnier op. cit. n° 61, p. 130, J. Flour - J.L. Aubert -E. Savaux, op. cit., n° 264 suiv., F. Terré - Ph. Simler - Y. Lequette n° 359 suiv. V. aussi Cass. civ. 7 octobre 1998, Bull. Civ. I, n° 285 pour un élargissement du rôle de la cause subjective dans le contrôle de licéité du contrat sans la condition de la « cause connue » de l'autre partie (D 1998, 563, concl. Sainte-Rose, som. 110, obs. Ph. Delebecque). Pour plus de détails sur la cause en droit français v. infra, Partie I.

<sup>57</sup> H. Capitant « De la cause des obligations » Dalloz 1923. V. toutefois J. Ghestin - M. Billiau - Chr. Jamin « Les effets du contrat », LGDJ 2001, 3 éd., n° 1127 suiv. pour une critique sévère de l'utilisation de la théorie de Capitant faite par M. Teyssié.

<sup>58</sup> V. toutefois les réserves de M. Dom quant à l'acceptation d'un rôle de la cause en dehors de la formation du contrat - op. cit., no 21. D'autres auteurs ont par ailleurs proposé des fondements différents pour l'interdépendance des ensembles contractuels et notamment celui de l'indivisibilité - v. p.ex. J.-B. Seube « L'indivisibilité entre les actes juridiques » thèse Litec 1999, préface M. Cabrilac, S. Amrani-Mekki « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », Defrénois 2002, 355.

<sup>59</sup> Pour ce néo- causalisme v. J. Carbonnier op. cit. n° 64 p. 136, J. Mestre, RTD civil 1996, p. 901.

<sup>60</sup> V. (en grec) K. Simantiras « Principes généraux », précité, § 33 p. 322, N. Papantoniou « Principes généraux », précité, § 54, p. 278, Ap. Georgiadis « Principes généraux », précité, § 29, p. 352. Pour la conception de la cause en droit allemand v. Cl. Witz « Droit privé allemand », précité, t. 1, n° 127 suiv., F. Ferrand « Droit prive allemand », n° 197 suiv. Le droit allemand accepte en principe l'abstraction pour tout acte de disposition.

sont pris en compte, cela ne se fait pas par le recours à la notion de cause<sup>61</sup>. Le rôle de la cause est ainsi réduit par rapport au droit français, d'autant plus que la notion de cause subjective et globalisante telle que le droit français l'entend n'est pas admise, chose qui constitue un obstacle décisif à la transposition en droit grec de la notion de montages proposée par M.M. Dom et Poracchia (sur la cause en droit grec, la théorie du fondement de l'acte juridique et leur rôle dans le contrôle des montages sociétaires v. avec plus de détails infra Partie I). Dans ce contexte, il ne semble pas que la définition donnée par la doctrine française à la notion de montages puisse être transposée en droit grec d'une manière juridiquement opératoire, car le fondement français de leur reconnaissance juridique –la théorie française de la cause subjective et globalisante– ne correspond pas aux conceptions du droit grec. Toutefois, il demeure que des phénomènes similaires se présentent dans la vie juridico-économique des deux pays, phénomènes dont la conceptualisation par le recours à une notion commune de montages serait utile. C'est par un examen de ces réalités juridico-économiques communes que nous nous efforcerons de proposer une définition de la notion de montages en droit des sociétés pouvant servir de base commune de la comparaison entre les droits français et grec.

### **Effort de comprendre le phénomène des montages dans leur relation avec l'impératif sociétaire**

L'appréciation de la réalité concrète des montages, de leurs objectifs et de leurs effets ne font pas l'unanimité de la doctrine en France. M.M. Dom et Poracchia ont pris une position de principe favorable à l'égard des montages : ils y ont vu un effort des particuliers de maximiser leurs avantages dans la poursuite sous contrainte de leurs objectifs, contrainte de provenance le plus souvent de règles de droit<sup>61</sup>, -un effort qui tend ainsi à donner des réponses aux problèmes juridico-économiques souvent difficiles rencontrés dans la vie des affaires. Notamment M. Dom a interprété l'apparition et la multiplication des montages principalement comme la réaction du monde des affaires à un droit et une réglementation trop envahissants, réaction passant par la manipulation en même temps du

---

<sup>61</sup> Les motifs des parties sont pris en compte dans une certaine mesure par la jurisprudence grecque dans le cadre de l'appréciation de la conformité de l'acte juridique aux bonnes mœurs. Cette appréciation se fait par prise en compte de l'ensemble des circonstances concernant l'acte juridique, le motif déterminant ou la finalité des parties ne pouvant pas toutefois être des critères exclusifs de l'appréciation- v. Areios Pagos 1612/1999, Chr. I. D. 2001, p. 29. V. pour le développement de cette question infra, Partie I.

<sup>62</sup> V. En ce sens D. Poracchia, op. cit., n° 28 sur la contrainte posée par la norme, du même in « Droit et patrimoine », no 71, mai 1999 (interview), p. 50 suiv., J.-Ph. Dom, op. cit., n° 26.

« trop de droit » et du « non droit »<sup>62</sup>. Ils ont insisté sur ce que, en matière de montages, on ne doit pas oublier que la liberté contractuelle est le principe et les limites y posées par la loi l'exception, les montages pouvant ainsi bénéficier d'une présomption (simple) de licéité<sup>63</sup>. En même temps, ils se sont efforcés de rappeler ces limites posées par le droit au phénomène des montages, ainsi que les mécanismes dont celui-ci dispose pour cet objectif<sup>64</sup>. Le Pr. J. Paillusseau a lui aussi témoigné pour l'utilité et le rôle constructif des montages pour la résolution de difficiles problèmes d'organisation juridicoéconomique dans un contexte de coexistence de plusieurs intérêts potentiellement antagonistes<sup>65</sup>. Pour lui, les montages sont des procédés d'organisation juridique d'origine privée, jouant un rôle particulièrement important dans l'évolution du droit des activités économiques. Les auteurs ayant une attitude favorable à l'égard des montages insistent sur les effets bénéfiques que ceux-ci peuvent avoir sur la conception même du droit, comme incitation à l'approche pluridisciplinaire et au décloisonnement des différentes branches auxquelles le droit est traditionnellement ramifié<sup>66</sup>.

Néanmoins, d'autres auteurs ont une appréciation beaucoup plus pessimiste sur la réalité concrète exprimée par les montages : ainsi, le Pr. P. Diener insiste sur les illégalités flagrantes couvertes souvent par ces constructions juridiques, constructions mues par une idéologie dominée par l'argent et amoral, selon laquelle tout serait permis et possible<sup>67</sup>. Selon cette même opinion, exprimant une vision du droit inspirée par la philosophie thomiste, les phénomènes qu'on pourrait qualifier de montages expriment en fait largement une pathologie juridique, le ravalement du droit à une simple technique manipulable pour toutes fins, ainsi que l'oubli des fondements moraux du système juridique<sup>68</sup>. Ce point de vue peut être rapproché – malgré la différence des références théoriques et idéologiques - de celui d'un ouvrage remarqué de sociologie juridique de M.Y. Dezalay, appartenant à l'école sociologique de P. Bourdieu<sup>69</sup>. M. Dezalay constate une forte tendance d'instrumentalisation et de marchandisation du droit promue par les détenteurs d'un savoir-faire de technologie

---

<sup>62</sup> J.-Ph. Dom, op. cit., n° 23, 26.

<sup>63</sup> V. ainsi notamment D. Poracchia, n° 29 suiv.

<sup>64</sup> D. Poracchia nos 28, 30, 428 suiv. J.- Ph. Dom, n° 15.

<sup>65</sup> J. Paillusseau « L'enrichissement du droit et de la théorie juridique par la pratique professionnelle (un témoignage) », in *Mélange Champaud*, Dalloz 1997, p. 483.

<sup>66</sup> J.Ph. Dom, op. cit., n° 2, 42, 45, J. Paillusseau « L'enrichissement... », article précité.

<sup>67</sup> P. Diener « Éthique et droit des affaires », *Rec. Dalloz* 1993, Chr. 17, du même « *Pathologie juridique et doctrine universitaire en droit des affaires* », *Rec. Dalloz* 1997, Chr. 147.

<sup>68</sup> P. Diener, articles précité, partout. Cf. D. Cohen « La légitimité des montages en droit des sociétés », in *Mélanges Terré*, Dalloz 2001.

<sup>69</sup> Y. Dezalay « *Marchands de droit. La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit* », Fayard 1992



juridique. Ces nouveaux « marchands de droit » sont les grands cabinets internationaux proposant à leur clientèle des services de « remodelage » du droit destiné à la satisfaction de ses finalités spécifiques. Une rupture profonde d'égalité se produit ainsi entre ceux qui peuvent avoir accès à ces services et ceux qui ne le peuvent pas, en demeurant de simples assujettis du droit.

Ces points de vue divergents expriment peut-être assez exactement –chacun avec sa coloration particulière– des aspects différents et souvent contradictoires d'un même phénomène juridicoéconomique. La même remarque –sur leur multiformité et ambiguïté– peut d'ailleurs se faire pour plusieurs constructions juridiques rencontrées dans la réalité grecque, qui seraient pour la doctrine française des montages. Ce qui demeure toutefois comme dénominateur commun de la plupart de ces approches est la relation des montages –expression d'une autonomie privée revigorée et ayant de nouvelles aspirations– avec la réglementation en place– autrement dit essentiellement avec l'impératif. Les montages – expression légitime pour les uns de la « révolte » des particuliers contre un impératif inflationniste, procédé d'organisation juridique alternatif à celle faite par l'impératif légal, ou constructions immorales destinées à contourner cet impératif pour les autres– sont conçus selon l'un ou l'autre point de vue essentiellement dans la relation de l'autonomie privée avec l'impératif. Cela est encore plus vrai en matière des sociétés, matière dominée par un ordre public économique particulièrement développé.

#### **Proposition d'une définition des montages pouvant servir de base commune à la comparaison**

En nous efforçant d'exprimer la complexité des relations des montages en droit des sociétés avec l'ordre public économique sociétaire, nous allons définir les premiers comme des constructions juridiques d'origine privée en matière de sociétés, ayant comme finalité ou comme effet soit l'aménagement des effets typiques des normes juridiques en vigueur en cette matière qui ne sont pas à la libre disposition des promoteurs du montage, soit l'utilisation de « blocs » de ces normes dans un but dépassant leur destination légale « naïve », soit l'éviction de l'application de ces normes. Il est évident que les normes contraignantes en cause sont principalement les règles et principes de l'ordre public économique sociétaire tel que nous l'entendons, celles que la volonté privée en général ne peut pas écarter ; il peut toutefois dans certains cas s'agir de normes d'origine privée, mais développant des effets erga omnes et échappant aux contractants initiaux de par la volonté de la loi, normes contenues normalement dans les statuts et que certains intéressés peuvent vouloir contourner, s'ils ne peuvent pas les écarter directement conformément à la loi. En aménageant, instrumentalisant ou évitant les normes juridiques contraignantes pour

leurs promoteurs et plus essentiellement celles de provenance de l'ordre public économique sociétaire, les montages expriment avant tout le nouveau renforcement de l'autonomie privée en droit des sociétés, les nouvelles ressources dont cette dernière dispose face à l'ordre public en cette matière : ils expriment ainsi avant tout des attitudes énergiques des particuliers face à cet ordre public, attitudes plus ou moins habiles ou astucieuses, différentes entre elles quant aux procédés utilisés, mais aussi quant à leur licéité. Les montages constituent un effort de l'autonomie privée d'exploiter au maximum, jusqu'aux limites, l'espace que le droit lui reconnaît en droit des sociétés, et souvent un effort de dépasser ces limites, la différence étant parfois extrêmement tenue entre ces deux tentatives. Les montages sont ainsi une notion fonctionnelle et multiforme, pouvant être utilisée essentiellement à exprimer les points de friction et de tension –latente ou avérée– entre l'autonomie privée et l'ordre public économique sociétaire –ou, selon une autre approche, principalement entre l'organisation juridique d'origine privée et l'organisation juridique d'origine publique et impérative en matière des sociétés.

Cette définition de la notion de montage permet d'avancer dans la comparaison sur une base commune –à savoir essentiellement sur la base du problème des frontières de l'autonomie privée et de l'impératif en droit de sociétés. Des notions particulières ou ayant un contenu différent pour chacun des deux droits sous comparaison –p.ex. celle de cause– seront abordées dans le cadre de la comparaison des techniques de contrôle des montages dont les deux droits –français et grec– disposent. C'est essentiellement la notion d'ordre public économique sociétaire dans sa relation avec l'autonomie privée qui servira de base de la comparaison du droit français et du droit grec en matière de montages en droit des sociétés. Selon cette approche, c'est essentiellement par leur relation avec l'ordre public économique sociétaire que les montages deviennent un phénomène distinct dans le monde juridique, différent d'une simple utilisation de l'espace de l'autonomie privée laissée en matière de droit des sociétés. Ainsi, d'une part évidemment l'ordre public économique sociétaire constitue le corps principal des normes en vigueur en droit des sociétés qui sont contraignantes pour les promoteurs des montages ; d'autre part, toute utilisation de cette autonomie privée ne constitue pas sans autre un effort d'aménagement, d'instrumentalisation ou d'évitement de ces normes contraignantes pour les promoteurs du montage ; elle peut être une utilisation directe et "naïve" de cette liberté et de la sorte ne pas exprimer un point de tension –latente ou avérée– entre l'autonomie privée et l'ordre public économique sociétaire et, partant, ne pas constituer un montage, tels que nous les entendons. D'ailleurs, pour cette approche, la pluralité d'actes juridiques n'est plus nécessaire pour la notion de montage, même s'il s'agit de la catégorie des montages la plus

intéressante<sup>70</sup> : l'effort d'aménagement ou d'instrumentalisation de l'ordre public économique sociétaire par l'autonomie privée peut s'opérer par le recours à un acte unique p.ex. les statuts d'une société tendant par une combinaison de clauses à produire une forme sociale atypique.

### **Typologie des montages selon la définition proposée**

Les termes utilisées dans la définition proposée méritent quelques explications : les montages tendant à aménager les effets typiques de l'ordre public économique sociétaire sont des actes juridiques de provenance privée ayant comme finalité ou comme effet d'atténuer ou d'assouplir dans les faits les effets de cet ordre public, en produisant dans le domaine des sociétés des situations juridiques plus ou moins atypiques ou sur mesure. Cela s'obtient par l'exploitation de la liberté statutaire ou plus généralement de la liberté contractuelle laissée aux particuliers en matière des sociétés. Pour ne citer qu'un exemple, une société dans laquelle jouent pleinement les effets typiques de l'ordre public économique sociétaire, tendant à une relation d'égalité et de liberté des associés entre eux dans l'exercice de leurs droits sociaux, est en fait un phénomène juridique assez différent de celui où une société est entourée d'une nébuleuse de pactes extra-statutaires conclus *ratione societatis* : ces pactes prévoient le plus souvent des restrictions voulues à cette liberté des associés dans l'exercice de leurs droits sociaux et ils peuvent même aller jusqu'à l'établissement de relations de pouvoir ou de subordination entre eux (certaines conventions de vote, certaines restrictions de cession des droits sociaux). Si la liberté contractuelle peut en principe aménager dans les faits par de tels procédés les effets typiques de l'ordre public sociétaire, elle ne peut pas porter atteinte aux éléments essentiels de celui-ci, la frontière étant souvent difficile à tracer entre ces deux situations. La seconde catégorie des montages –celle dont l'élément caractéristique est l'exploitation de « blocs » de règles d'ordre public économique sociétaire dans une finalité différente de leur destination « naïve »– pose le problème de l'instrumentalisation du droit des sociétés et notamment de son ordre public dans sa dimension constructive. Respecter les dispositions d'ordre public permettant la création d'une société ayant la personnalité morale, respecter les dispositions impératives nécessaires pour faire fonctionner une société a pour le droit des sociétés une finalité-type, à savoir exprimer la forme juridique d'une entreprise, d'une unité d'activité économique marchande et en même temps organisation économique et sociale (v. infra davantage sur l'expression juridique de l'entreprise comme finalité légale des sociétés).

---

<sup>70</sup> Contra D. Poracchia, *op. cit.*, n° 24, insistant sur la nécessité d'une pluralité d'actes juridiques pour que la notion de montages soit autonome, en engendrant l'application d'un régime juridique autonome.

Toutefois, l'autonomie privée utilise aujourd'hui largement les dispositions impératives destinées à fonder et faire fonctionner des sociétés comme outils pour obtenir les avantages de la forme sociétaire, et cela à des fins dépassant largement la finalité-type légale de la société : pour ne citer que quelques exemples, dans le but de la dévolution d'un patrimoine ou dans le but de segmentation des risques dans le cadre d'une entreprise unique, le procédé se compliquant souvent par le recours à des pactes extra-statutaires ou à des imbrications de personnes morales. Bien sûr les utilisations atypiques de la forme sociétaire ne sont pas nécessairement illicites, parce que finalité-type de la société pour le droit ne signifie pas nécessairement finalité exclusive, mais d'autre part il est vrai que de nos jours les sociétés et leur impératif sont souvent instrumentalisées à des fins répréhensibles ou du moins douteuses. La troisième catégorie des montages –celle visant non tellement à instrumentaliser mais plutôt simplement à évincer l'application des règles de l'ordre public économique sociétaire – concerne essentiellement quelques situations rencontrées en droit des sociétés et souvent difficilement distinguables entre elles dans les faits : d'une part celles de l'habileté (organiser une situation juridique nouvelle empêchant l'application d'une règle impérative) et de la fraude (organiser une telle situation de manière artificielle ou en tout cas illicite)<sup>71</sup>. D'autre part celles de la discrétion (rester dans l'ombre et de la sorte ne pas devenir destinataire immédiat des règles de l'ordre public économique sociétaire) et de la dissimulation (rester dans l'ombre pour poursuivre des finalités illicites ou couvrir des activités illicites). A cette dernière catégorie nous pouvons rattacher les quelques cas de montages dans lesquels les promoteurs s'efforcent de contourner l'application de normes d'origine privée, mais obligatoires erga omnes en matière de sociétés de par la volonté de la loi et contraignantes pour eux, normalement des normes de provenance statutaire. Bien sûr les trois catégories des montages que nous avons présentées ci-dessus ne sont pas étanches dans les faits où l'on peut observer plusieurs chevauchements.

### **Les montages, l'ordre public et la régulation juridique**

Les montages –expression surtout de l'attitude complexe mais en tout cas volontariste des particuliers face à l'ordre public économique sociétaire, se traduisant souvent par des tensions ou conflits avec ce dernier– peuvent avoir un impact multiforme sur cet ordre public. Ainsi, ils peuvent d'abord le faire évoluer dans l'un ou l'autre sens. Un montage peut de la sorte conduire la doctrine et la jurisprudence à réfléchir de nouveau sur le caractère ou non d'ordre public d'une règle de droit ou sur le rayonnement et ses limites d'une règle ou d'un principe d'ordre public sociétaire. De cette réflexion de nouvelles frontières peuvent

---

<sup>71</sup> Sur la fraude pour chacun des deux droits v. ci-dessous, Partie I.

résulter pour l'ordre public économique sociétaire<sup>72</sup>. Des montages peuvent provoquer l'intervention du législateur, soit pour en reconnaître expressément la validité (et le plus souvent les réglementer), soit pour les prohiber expressément. On a même vu des cas où des États ont utilisé certaines techniques pouvant être qualifiées de montages pour faire face à quelques situations économiques concernant l'intérêt général<sup>73</sup>. A la suite de l'évolution de l'ordre public, un montage qui paraissait au début douteux peut quelques années plus tard devenir complètement banalisé. Plus généralement, la multiplication de montages peut être un indice de crise de l'ordre public économique sociétaire – crise qui peut signifier soit un besoin d'adaptation de cet ordre public aux nouvelles données, soit le besoin d'activation des mécanismes de défense. En plus, les problèmes posés par les montages peuvent faire évoluer la réflexion sur le rôle des mécanismes de contrôle de licéité du droit privé général en droit des sociétés. Globalement, on ne saurait par conséquent nier au phénomène des montages un rôle non négligeable dans l'évolution du droit des sociétés.

En tout cas, le phénomène des montages pose d'une manière pressante le problème des finalités, des méthodes et des limites de la régulation juridique en matière du droit des sociétés dans notre temps. Notre point de vue est que, si le droit ne peut pas prétendre à réglementer exhaustivement la vie économique et sociale, il a au moins une légitime ambition régulatoire, en encadrant, limitant ou orientant les manifestations de l'autonomie privée, ou en construisant là où cela n'est pas possible pour cette dernière. Pour le dire autrement, le droit –celui classique, étatique– et ses mécanismes régulatoires, malgré leurs limites –déjà relevées par Platon dans son « Politique »<sup>74</sup>– souvent ne sont pas remplaçables du point de vue de l'intérêt général par le seul jeu de l'autonomie privée et de la liberté contractuelle. D'autre part, les montages –fréquemment des produits d'une véritable intelligence juridique et malgré leurs ambiguïtés– peuvent souvent avoir une utilité importante, en adaptant le droit aux situations particulières et en le faisant plus généralement évoluer par la naissance de nouveaux phénomènes juridiques. Mais tous les montages ne sont pas utiles pour la vie des sociétés et licites : on ne doit pas ainsi oublier

---

<sup>72</sup> Sur cette fonction des montages v. not. D. Poracchia, op. cit., n° 18, qui les considère comme des sources indirectes du droit.

<sup>73</sup> V. D. Poracchia, op. cit., n° 11.

<sup>74</sup> Dans ce dialogue, le Père Fondateur de la philosophie relève que la loi, par son caractère général et abstrait, ne peut pas appréhender d'une manière adéquate l'infinité des cas individuels et particuliers composant la vie sociale. Toutefois, à défaut d'un Possesseur Parfait de la science des cas individuels, on doit réserver aux lois –produits de la synergie de bons conseillers avec l'expérience du grand nombre– un respect absolu, ne serait-ce que comme pis-aller. V. « Le Politique », in Platon « Oeuvres Complètes », Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, t. II, traduction Léon Robin, spécialement 294 suiv.

dans leur évaluation la distinction fondamentale entre licite et illicite, car pour le juriste la question ne doit pas seulement être de pondérer d'une manière utilitariste les avantages et les risques de chaque montage projeté pour ses promoteurs. Si les montages expriment une « révolte » des particuliers contre l'impératif légal, cette « révolte » n'est pas toujours justifiée, le législateur pouvant souvent voir plus globalement et plus loin que ne le font les particuliers dans la poursuite de leurs propres intérêts. Cela d'autant plus que les sociétés ne sont plus seulement une affaire entre associés-contractants collaborant sur un pied d'égalité, mais elles constituent surtout la principale structure d'organisation du pouvoir économique et de gouvernance des entreprises, avec toute la multitude des intérêts y impliqués et les enjeux majeurs de société (au sens large) y impliqués. Les montages juridico-économiques ne doivent pas par ailleurs porter atteinte à quelques valeurs essentielles du système juridique, valeurs rayonnant sur la matière économique. Ainsi, le droit n'est-il pas une boîte d'outils qu'on peut utiliser à toutes fins ou un simple instrument de la vie économique, il a une mission régulatoire nécessaire pour les relations privées<sup>75</sup>. Bien sûr on ne doit pas être naïf, et notamment dans la matière étudiée des écarts importants peuvent exister entre le droit et le fait –mais cela ne signifie pas que le droit ne puisse globalement jouer un rôle régulatoire réel en matière de sociétés et de montages. Le droit a ainsi la mission de faire le partage nécessaire des choses et servir de facteur de canalisation de l'évolution juridique des sociétés commerciales et civiles opérée par le biais des montages dans le sens du licite, de l'utile et du juste<sup>76</sup>.

L'ordre public économique sociétaire maintient un rôle capital dans cette canalisation, malgré (ou dans) ses mutations, avec ses trois fonctions de limitation, de protection des libertés et de construction. Bien sûr chaque période du capitalisme, avec ses propres caractéristiques intellectuelles, économiques et sociales et ses propres rapports de force, a besoin de son propre type de régulation, et dans ce cadre les nouveaux besoins de régulation juridique en droit des sociétés et plus spécifiquement en matière de montages deviennent un facteur important d'évolution de l'ordre public économique sociétaire. En plus, la régulation largement entendue peut utiliser plusieurs méthodes, dont la proposition aux particuliers d'institutions que ces derniers peuvent utiliser sans porter atteinte à leurs éléments essentiels, la réglementation détaillée des manifestations de la liberté

---

<sup>75</sup> Cf. D. Poracchia, *op. cit.*, n° 17, relevant que les praticiens ne conçoivent pas les règles de droit comme des règles régissant les rapports sociaux, mais comme des instruments dont on peut se servir – attitude dont résultent les montages.

<sup>76</sup> Sur le rôle de l'utile et du juste comme fondements de la liberté contractuelle et de la force obligatoire du contrat v. J. Ghestin - G. Goubeaux - M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, no 223 suiv. Sur l'utile et le juste comme limites de la liberté contractuelle v. J. Flour - J.L. Aubert - E. Savaux, *op. cit.*, n° 119.

contractuelle, le recours à des clauses générales limitatives d'une liberté contractuelle pour le reste ample, clauses que le juge doit concrétiser, la délégation de pouvoirs à des autorités indépendantes, chacune de ces méthodes concernant des enjeux et exprimant des choix juridicopolitiques importants<sup>77</sup>. Nous allons par la suite nous efforcer de voir quels sont aujourd'hui les rapports entre ces différentes méthodes de régulation en droit des sociétés et quel est leur impact sur les caractères de l'ordre public à l'occasion de l'étude de ce dernier dans ses relations avec les montages.

### **L'élément nécessaire historique et culturel de la comparaison**

La comparaison entre deux droits ne peut pas s'opérer *in vitro*, notamment quand l'objet de la comparaison concerne les relations entre l'impératif et l'autonomie privée : chaque droit opère dans une société (au sens général du terme) particulière, la science comparative ayant par ailleurs souvent observé des cas de pays différents où l'application d'ensembles de règles identiques aboutit à des résultats socio-juridiques même absolument divergents. Ce problème prend une acuité particulière en droit des sociétés, car cette matière, malgré sa technicité et de fortes tendances d'homogénéisation, est en contact étroit avec la réalité économique de chaque pays. Mais les économies des différents pays peuvent évidemment différer beaucoup l'une de l'autre, et en plus elles sont intégrées dans des institutions juridiques et sociales, systèmes de valeurs, traditions historiques, mentalités collectives, rapports de forces sociales qui peuvent aussi varier beaucoup selon le pays. Pour paraphraser une formule du Pr. Cl. Champaud, celui qui ne connaît de deux pays que leurs droits des sociétés ne peut pas vraiment comprendre et comparer ces deux droits des sociétés différents. D'où la nécessité d'intégrer –même d'une manière sommaire et, partant, schématique– notre comparaison dans le contexte juridique, économique et historique plus vaste des deux pays objets de notre étude –la France et la Grèce– en relevant les grandes tendances de convergence et de divergence entre eux.

---

<sup>77</sup> En fait la tendance de la doctrine française est d'utiliser la notion de régulation plus étroitement, en la distinguant de la réglementation et en l'identifiant essentiellement à la régulation par délégation de pouvoirs aux autorités indépendantes - v. M.-A. Frison Roche « Le droit de la régulation », *Rec. Dalloz* 2001, Chr. 610, Cl. Champaud « Régulation et droit économique », *RIDE* 2002, 23. Nous avons préféré d'adopter une conception large de la régulation, car même la réglementation a une finalité régulatoire de l'économie de marché ou capitaliste, le but même de la période de l'âge d'or de la réglementation étant plutôt de réguler que de supprimer cette économie. D'ailleurs, ni l'anglais ni le grec ne distinguent entre réglementation et régulation. Pour l'ensemble du sujet v. ci-dessous Partie I, Titre II.

### III. LE CONTEXTE JURIDIQUE, ÉCONOMIQUE ET HISTORIQUE DE LA COMPARAISON

#### Généralités sur les deux pays sous comparaison

Partenaires dans l'Union européenne, la France et la Grèce sont des républiques, des démocraties libérales avec des aspirations sociales<sup>78</sup>. Dans le domaine économique, la France est une puissance capitaliste importante, avec une tradition industrielle vigoureuse, pays participant à l'évolution de technologies de pointe, base de plusieurs groupes multinationaux jouant souvent un rôle primordial dans l'économie mondiale. La Grèce a une économie capitaliste de taille moyenne, sans faire partie du club des pays capitalistes les plus développés, et on peut la regrouper avec les autres pays du Sud de l'Europe quant à la tendance contradictoire et inachevée de rapprochement avec le capitalisme - « modèle » du Nord ; pourtant, le capitalisme grec a montré dans le passé des périodes de dynamisme remarquable, continuant d'ailleurs une tradition commerciale très ancienne. L'économie grecque est caractérisée par le rôle historiquement capitale de la marine commerciale (ayant aujourd'hui une des premières places à l'échelle mondiale) et par un secteur de services développé. Les deux pays sont historiquement caractérisés par une présence importante du petit capitalisme et d'une activité agricole occupant un pourcentage de la population élevé par rapport à la plupart des autres pays européens, bien que l'agriculture grecque, aujourd'hui en recul net, ne présente pas le caractère largement industrialisé de celle française. Outre la dimension européenne, les deux pays ont commune leur dimension méditerranéenne, mais la Grèce a en plus la particularité de sa dimension balkanique – source d'opportunités, mais aussi de problèmes et d'inquiétudes – et plus généralement une position géopolitique beaucoup plus difficile que celle de la France. Les deux pays se trouvent devant les nouveaux défis posés par la mondialisation et les deux sociétés manifestent parfois des signes d'inquiétude devant un processus perçu comme guidé sur le plan économique mais aussi sur celui culturel par des conceptions anglo-saxonnes. La grande crise financière et économique internationale que nous traversons (due aux dérives

---

<sup>78</sup> La France est une République et une démocratie depuis 1870 –avec le seul intervalle de fait du régime de Vichy (1940-1944). Les Constitutions grecques de la période après la reconnaissance de l'Indépendance ont renoué depuis 1864 avec le principe démocratique des Constitutions révolutionnaires (après un intervalle de monarchie absolue –1833-1843– ou constitutionnelle – 1843-1862). Mais la royauté n'a été supprimée définitivement (après une première expérience républicaine dans les années 1923-1935) qu'en 1974, à la suite de la chute de la dictature des colonels (1967-1974) et à la fin d'une longue période de crises institutionnelles dans lesquelles elle a joué un rôle central.



d'un capitalisme «décomplexé », notamment – mais non exclusivement – aux Etats- Unis et plus particulièrement à celles d'une mondialisation financière très insuffisamment régulée) augmente bien sûr les incertitudes et les inquiétudes en France, mais surtout en Grèce. Dans cette dernière des faiblesses structurelles de l'économie, mais aussi le rôle des marchés financiers internationaux, avec des jeux incontrôlés de spéculation et des évaluations abusives du risque et de la prime du risque exigée (des manifestations d'un pouvoir économique international extrêmement concentré et incontrôlé même dans sa crise), agissant en plus dans un contexte de perte de la souveraineté monétaire pour le pays, ont donné à la crise internationale un impact particulièrement intense. De la sorte, des problèmes existants avant la crise, mais auxquels le pays pouvait faire face, se sont transformés pour la Grèce en une crise particulièrement sévère de ses finances publiques. La conséquence en était la mise en place en 2010 d'un plan trilatéral (avec participation du FMI, de l'Union européenne et de la BCE) de financement et de « sauvetage » du pays, plan allant de pair avec une perte certaine de souveraineté pour la Grèce. Pour le moment, ce que ce plan de « sauvetage » a réussi est de stabiliser l'euro et de garantir largement le secteur bancaire européen face aux dangers nés de la dette grecque, au prix toutefois de déclencher un processus d'effondrement économique et social du pays. Il est ainsi aujourd'hui difficile de prévoir quelles seront les nouvelles configurations des structures économiques et sociales de la Grèce après la crise, d'autant plus que le temps et la nature de la sortie de cette dernière sont particulièrement incertains. On peut néanmoins déjà constater aujourd'hui sur le plan du droit économique une forte tendance de pression d'évolution de la Grèce vers un statut de « paradis juridique » pour les investisseurs, notamment ceux étrangers ; mais un retour à une conception souverainiste en matière de droit économique ne peut pas être exclu, en cas de d'effondrement du ou de rupture avec le plan de « sauvetage »<sup>79</sup>. Plus généralement toutefois l'impact final de la grande crise de 2008 sur le modèle social européen mais aussi sur l'Union monétaire européenne demeurent des questions aujourd'hui ouvertes pour l'ensemble du continent.

### **Les caractéristiques générales des deux droits sous comparaison**

Les deux pays sous comparaison sont de tradition juridique continentale, chose qui a certaines conséquences particulièrement importantes<sup>80</sup>. Les deux droits sont ainsi

---

<sup>79</sup> V. plus généralement sur la crise grecque l'article de l'économiste Th. Piketty « Non, les Grecs ne sont pas paresseux » in « Libération » 23 mars 2010, avec une exposition des rouages de la crise financière du pays et du rôle central des exigences déraisonnables des marchés financiers dans cette crise.

<sup>80</sup> Sur les différences entre droits de code civil et droits de common law v. « Common Law et tradition civiliste » par D. Fairgrieve et H. Muir-Watt, PUF 2006 (coll. Droit et Justice).

structurés selon une hiérarchie de sources, au sommet desquelles se trouvent leurs Constitutions, bien que le contrôle de constitutionnalité des lois soit conçu de façon différente dans chacun des deux pays. Les deux droits –français et grec– sont des droits légiférés, parce que la loi joue en eux un rôle prépondérant, la jurisprudence étant réputée appliquer et interpréter la loi, non créer de droit d'une manière originale (comme c'est le cas historiquement pour le droit des relations privées dans les pays de la Common Law)<sup>81</sup>. D'ailleurs, le juge n'est lié en aucun des deux pays –du moins en droit– par la force du précédent. Une différence importante d'approche sur les relations entre l'État et la religion entre les deux pays n'influence pas essentiellement leurs droits privés (sauf en droit du mariage)<sup>82</sup>.

Les deux droits –français et grec– connaissent la distinction entre droit privé commun et droit des activités commerciales, descendant lointain du « droit des marchands » du Bas Moyen Âge occidental, et par conséquent la distinction juridique entre activités civiles et commerciales. Le droit commun des relations privées se trouve en France contenu en principe dans le Code civil de 1804 – expression sur le plan juridique des valeurs de la Révolution française de 1789, texte ayant exercé une influence considérable sur l'évolution du droit en Europe<sup>83</sup>. Le droit commercial issu de la Révolution se trouvait en principe dans le Code de commerce de 1807 – texte de moindre envergure que le Code civil<sup>84</sup>. La

---

<sup>81</sup> Sur le rôle de la jurisprudence en droit français v. J. Carbonnier « Droit civil-Introduction », PUF 2002, 27<sup>e</sup> édition, no 142, p. 279 suiv. J.-L. Aubert « Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil », Sirey 2006, 11<sup>e</sup> édition, no 129 suiv., not. no 178. Pour le droit grec v. Ap. Georgiadis « Principes généraux », § 2, p. 26.

<sup>82</sup> La France est un pays de laïcité stricte et dans le passé souvent combattante. La Grèce est un pays avec une Église officielle dont le rôle est reconnu par la Constitution (art. 3), la tradition orthodoxe jouant un rôle important dans l'identité nationale du peuple grec notamment pour des raisons historiques. Toutefois, le droit privé grec est généralement d'esprit laïc –même pour la concrétisation des clauses générales comme les bonnes mœurs–, à cette exception que le mariage religieux est reconnu avec de pleins effets juridiques (avec option possible pour le mariage civil). Depuis Max Weber, un courant de pensée s'est efforcé de détecter dans les traditions religieuses les sources des différences dans l'évolution économique des différents pays- v. ainsi avec de telles influences L. Convert « L'impératif et le supplétif en droit des sociétés. Etude de droit comparé. Angleterre, Espagne, France », LGDJ 2003, préface. B. Saintourens. L'approche weberienne a été l'objet de critiques et ne doit pas être suivie d'une manière exclusive : ainsi, le caractère réputé plus mystique de l'Orthodoxie n'a pas empêché les Grecs de s'adonner largement au commerce, auquel ont parfois participé énergiquement des monastères et des hommes ecclésiastiques- v. E. Perakis (en grec) « Partie générale du droit commercial », précité, p. 75, sur ces « commerçants inattendus ».

<sup>83</sup> Sur le Code v. J. Carbonnier « Introduction », n<sup>o</sup> 73, p. 134 suiv.

<sup>84</sup> Sur la provenance et les défauts de ce code v. J. Hilaire « Introduction historique au droit commercial » PUF 1986, p. 79 suiv. Pourtant, selon N. Pantazopoulos (« Formes d'organisation corporatiste des marins et marchands Grecs dans la dernière période de la domination turque »- en grec - in Melanges N. Deloucas p. 738 suiv., spéc. p.768) le Code de commerce de 1807 a cristallisé l'expérience maritime des peuples méditerranéens et correspondait ainsi à leur conception collective

législation commerciale s'est développée toutefois par la suite en se décodifiant, par le biais de textes législatifs en dehors du Code. En 2000, le législateur français a mis en vigueur un nouveau Code de commerce, en s'efforçant de codifier « à droit constant » la législation commerciale dispersée auparavant en plusieurs textes. En ce qui concerne la Grèce, les Assemblées révolutionnaires ont reconnu dès 1822 comme droit commercial du nouvel État le Code français de 1807 – d'ailleurs déjà introduit avant la Révolution de 1821 dans l'espace grec par la force de la coutume, pour combler les lacunes du droit coutumier déjà en vigueur. Il s'agissait d'une expression du caractère libéral de la Révolution grecque et de sa parenté avec les idées de la Révolution de 1789. En 1835, la Régence (bavaroise) du premier roi de la Grèce Otto a traduit officiellement en grec le Code français, sous la forme de deux décrets royaux, l'un sur la Loi commerciale, l'autre sur les tribunaux de commerce<sup>85</sup>. Comme en France, la législation commerciale grecque s'est développée par décodification, sous influence toutefois notamment allemande, de sorte qu'aujourd'hui peu de choses du Code de 1807 demeurent en vigueur en Grèce<sup>86</sup>. Le rédaction d'un Code civil grec ayant été différé, le droit privé non commercial de l'État grec s'est pendant longtemps constitué de la législation byzantine (telle qu'interprétée dans son volet latin par les pandectistes allemands), par des lois civiles spéciales et par la coutume<sup>87</sup>. Le Code civil grec (Astikos Kodikas – AK) n'a été mis en vigueur qu'en 1946, après de longs travaux et

---

sur le droit- chose qui explique son introduction facile en Grèce mais aussi à d' autres pays méditerranéens.

<sup>85</sup> Sur ces évolutions v. K. Pamboukis « Droit commercial. Introduction. Notions fondamentales » (en grec), éd. Sakkoula, 2001, 4<sup>e</sup> édition (avec P. Papadrossou – Archaniotaki), p. 74 suiv. Plus exactement, traduction officielle a eu lieu pour les trois premiers livres du Code, ces derniers étant ainsi vus comme droit déjà en vigueur. Le quatrième livre avait été abrogé auparavant en Grèce pour une courte période et ainsi le second Décret a été réputé comme introduisant nouveau droit- toutefois il s'agit essentiellement d'une traduction du Livre IV du Code français.

<sup>86</sup> Ce qui survit aujourd'hui en Grèce de ce code est essentiellement la définition du commerçant (art. 1 de la Loi commerciale), la liste des actes de commerce (2, 3 du Décret sur la compétence des tribunaux de commerce – qui par ailleurs ont été supprimés en 1887) et quelques dispositions sur les sociétés et sur quelques contrats commerciaux.

<sup>87</sup> Cette évolution a orienté le droit grec vers l'influence allemande pour deux raisons : d'abord, le premier roi était d'origine bavaroise, et ses régents et conseillers bavarois –dont le plus important a été le juriste G. Maurer– ont véhiculé en Grèce cette influence juridique –notamment celle de l'École historique de Savigny, hostile à la codification française. Ensuite, le peuple et le clergé avaient un attachement profond pour le droit byzantin, ce dernier étant réputé exprimer la continuité de la nation grecque. A l'époque, il y avait en Allemagne, pays encore sans codification, une renaissance importante du droit romain, avec l'École des pandektistes, et on a cru pouvoir trouver une parenté juridique entre les deux pays, ainsi qu'une base commune dans le corpus juris civilis de Justinien. Ainsi, tous les efforts d'introduction du Code civil français ont-ils échoué - v. A. Gazis « Principes généraux » précité § 2 p. 9 suiv. et notamment N. Pantazopoulos « De la tradition « savante » à l'Astikos Kodikas » (en grec), éd. de l'Université Aristote de Thessalonique 1965, 2<sup>e</sup> édition, nouveau tirage éd. A.N. Sakkoula 1995, p. 230 suiv.

quelques péripéties<sup>88</sup>. Il n'est pas influencé tellement par le Code civil français que par celui allemand (BGB) ainsi que par le Code des obligations suisse, sans toutefois être une copie de ces sources d'influence<sup>89</sup>. Libéral dans son principe, il se veut plus social que le Code français, par l'introduction notamment de clauses générales limitant l'autonomie privée quand celle-ci opère contre l'intérêt de la société, mais aussi permettant une meilleure adaptation du droit aux situations particulières. A la différence du Code français, il ne contient pas de dispositions de portée générale pour toute forme sociale mais, comme le BGB, des dispositions pour la société civile, dispositions réputées le droit commun des sociétés de personnes. Par contre, les efforts pour une nouvelle codification commerciale n'ont pas pour le moment abouti<sup>90</sup>.

### **La naissance du droit français des sociétés sous l'Ancien Régime – Le système du Code de commerce de 1807**

La présentation des relations de l'impératif en droit des sociétés et de l'autonomie privée telles qu'examinées sous l'angle des montages ne peut pas faire l'économie de la dimension historique. C'est par un exposé –même sommaire– de cette dimension qu'on peut se rendre compte de la construction de l'ordre public économique sociétaire, de ses flux et reflux et de ses relations avec l'autonomie privée<sup>91</sup>. Ainsi, le droit français des sociétés est né dans le cadre des circonstances de la naissance du capitalisme français. Cette naissance s'est opérée à partir notamment du XVIIe siècle et au sein d'une société dominée par une monarchie absolue économiquement mercantiliste et interventionniste, une société avec des structures féodales en long processus de transformation et corporatiste. Dans ce cadre, l'exercice de l'activité commerciale en commun par plusieurs marchands s'opérait non par le biais de la société gréco-romaine dont les romanistes avaient fait revivre la théorie, mais par le biais de la société en nom collectif, qui toutefois subissait l'influence du modèle offert par le droit romain. Cette société en nom collectif (« société générale » à l'époque) avait été façonnée par le « droit des marchands » dès le Moyen Âge et elle a été accueillie par l'Ordonnance de Colbert de 1673, faisant l'objet d'une

---

<sup>88</sup> Sur le code v. A. Gazis, op. cit., § 4 p. 26 suiv.

<sup>89</sup> A. Gazis, op. cit., § 4, p. 45, qui toutefois souligne que de plusieurs points de vue la Grèce est un pays de culture juridique latine.

<sup>90</sup> V. E. Perakis (en grec) « Partie générale du droit commercial », éd. Nomiki Vivliothiki 1999, p. 96 suiv.

<sup>91</sup> Sur l'histoire du droit des sociétés v. H. Lévy-Bruhl « Histoire juridique des sociétés de commerce en France au XVIIe et XVIIIe siècle », Paris, 1938, A. Lefèvre -Teillard « La société anonyme au XIXe siècle », Montchrestien 1985, J. Hilaire, op. cit., p. 165 suiv., R. Sramkiewitz, op. cit.. En grec v. notamment I. Passias « Le droit de la société anonyme » précité, p. 52 suiv., L. Georgakopoulos « Manuel de droit commercial » t. 1, « Les commerçants », fasc. 2, « Sociétés et entreprises liées », éd. Fr. Sakkoula 1996, 2<sup>e</sup> édition, p. 39 suiv., 255 suiv.

première réglementation de la part de cette dernière. On doit rappeler que les sociétés en nom collectif étaient à l'époque ouvertes seulement aux commerçants reconnus comme tels au sein du système corporatiste par l'ordre public économique de l'époque et que les corporations ne voyaient pas de bon œil cette forme de coopération entre marchands<sup>92</sup>. La commandite simple –descendant lointain de la chréokoinonia byzantine, « montage » avant l'heure accueilli par la législation royale dans la même Ordonnance– était utilisée largement pour dépasser deux interdictions d'« ordre public » de la structure sociale de l'époque : d'abord celle de provenance ecclésiastique, mais ayant valeur d'une véritable règle de droit, du prêt à taux d'intérêt, ensuite celle de l'exercice d'une activité commerciale de la part des membres de la noblesse et du clergé – sous peine de « dérogeance », à savoir de perte de leurs privilèges<sup>93</sup>.

Les premières sociétés de capitaux, dénommées « Compagnies », ont fait leur apparition dans la première moitié du XVIIe siècle, à l'instigation du Cardinal de Richelieu<sup>94</sup>. Il s'agissait d'organisations relevant plutôt du droit public, constituant des « corps », à savoir des personnes morales distinctes de leurs membres, fondées sur un octroi royal et fonctionnant sous la tutelle du Roy, dotées souvent d'attributs de puissance publique, notamment dans le but d'exploitation des colonies. D'autre part, les Compagnies poursuivaient un but lucratif et elles étaient des mécanismes d'appel à l'épargne publique par l'offre de titres tendant à avoir un caractère négociable<sup>95</sup>. Le caractère des Compagnies comme organismes semi-publiques est la première manifestation historique de la fonction constructive de l'ordre public en matière de sociétés en France. Les Compagnies se sont consolidées et développées sous Colbert. Le « système » semi- (ou para-) étatique de John Law les a utilisées largement –d'ailleurs son talon d'Achille a été la Compagnie d'exploitation du Mississipi–, chose qui n'a pas manqué de susciter une certaine méfiance auprès du large public pour la société faisant appel public à l'épargne après l'effondrement du « système » (1720)<sup>96</sup>. Le XVIIIe siècle a vu toutefois la multiplication de Compagnies dont les statuts étaient approuvés par l'autorité royale mais qui servaient exclusivement des intérêts privés, étant dispensées de la tutelle étatique quant à leur fonctionnement<sup>97</sup>. Ce même siècle est aussi la période d'apparition de « compagnies » purement privées, pour

---

<sup>92</sup> J. Hilaire, op. cit., p. 189, n° 109 suiv. (sur la société générale française à l'époque de l'ordonnance de Colbert), n° 114 (sur la réglementation royale).

<sup>93</sup> J. Hilaire op. cit. n° 111, suiv. et 114 (sur les incertitudes laissées par la réglementation de la commandite).

<sup>94</sup> Ainsi R. Sramkiewitz, op. cit., n° 264.

<sup>95</sup> V. toutefois P. Didier, t. I, n° 248, sur le caractère tâtonnant de cette construction.

<sup>96</sup> Sur le « système » v. R. Sramkiewitz, op. cit., n° 182, 232, 267, P. Didier t. I., n° 53.

<sup>97</sup> H. Levy – Bruhl, op. cit., p. 43.

certain auteurs « commandites par actions » ou « sociétés anonymes » selon la terminologie actuelle, produits seulement de l'initiative contractuelle avec la tolérance des autorités, de véritables « montages » de l'époque tendant à créer de nouvelles formes sociales mais non exemptes de fragilité juridique, chose qui rend difficile de dire qu'il s'agissait de véritables sociétés de capitaux<sup>98</sup>.

La vie des sociétés entre dans un nouvel environnement avec la Révolution française de 1789, notamment avec le démantèlement du système féodal (décret du 4 août 1789), la proclamation des droits de l'homme et du citoyen (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789) et celle de la liberté du commerce et de l'industrie (loi du 2-17 mars 1791, dit Décret d'Allarde)<sup>99</sup>. Le phénomène sociétaire s'intègre ainsi dans un ordre public économique général libéral, très différent de celui de l'Ancien Régime. L'attitude de la Révolution française à l'égard des sociétés de capitaux n'est pas toutefois exempte de contradictions : à une période de licence quant à la constitution de telles sociétés (1789-1793) succède une période de restrictions, ou même d'interdiction généralisée (1793-1795), à cause de la peur suscitée par le caractère de ces sociétés comme « corps intermédiaires » souvent de provenance régaliennne, mais aussi à cause des jeux de spéculation auxquels les sociétés par actions donnaient lieu. A l'interdiction va succéder une nouvelle période de licence dans la constitution des sociétés de capitaux et de spéculation (notamment 1795-1799), accompagnée de graves problèmes de sécurité juridique<sup>100</sup>. Le Code civil de 1804 ne réglementera pas la matière. Il reprend d'ailleurs essentiellement dans ses dispositions sur le contrat de société la conception que se faisait de la société le grand juriste de la dernière période de l'Ancien Régime Pothier, pour qui le contrat de société fondait une sorte de « communauté » (indivision) volontaire<sup>101</sup>. Cela avec deux exceptions importantes qu'on pourrait qualifier d' « ordre public constructif » : l'attri-

---

<sup>98</sup> G. Ripert op. cit., n° 22, p. 57-58. Pour M. Sramkiewitz -op. cit., n° 382 suiv.-, l'initiative contractuelle avait essentiellement produit les sociétés de capitaux recueillies par le Code de commerce dans toutes leurs caractéristiques essentielles. Pour M. Hilaire -op. cit., n° 117, p. 202- le développement des sociétés de capitaux « privées » a suivi une voie plutôt sans influence de la part des compagnies royales, une voie fondée sur la coutume. Toutefois, l'époque est dominée –et sera dominée pour longtemps– par l'idée de la personnalité morale- fiction ou mieux produit d'un octroi royal, et on peut difficilement voir dans ce cadre l'idée de la reconnaissance de la personnalité morale avec sécurité juridique sans intervention étatique. Sur l'exemple de l'organisation juridique du complexe industriel du Creuzot vers la fin de cette période v. J. Bart « La féodalité au secours du capitalisme », Mélanges G. Farjat. Sur le rôle créatif de la loi en matière de la personnalité morale de sociétés et sur l'articulation étroite entre celle-ci et les autres caractéristiques des sociétés de capitaux v. ci-dessus note 30.

<sup>99</sup> Sur l'impact économique de ces principes v. G. Ripert, op. cit., n° 2 suiv.

<sup>100</sup> G. Ripert, op. cit., n° 22, p. 58.

<sup>101</sup> P. Didier, t. II, p. 47- 48.

bution d'une nature nécessairement mobilière aux « intérêts et actions des compagnies de commerce, de finance et d'industrie » (art. 529) et l'interdiction aux associés autres que l'administrateur de disposer des biens de la société (ancien art. 1860 C.civ.). C'est sur ces deux dispositions que la jurisprudence se fondera pour reconnaître à la plupart des sociétés la personnalité morale<sup>102</sup>. Le Code de commerce de 1807 a contenu quelques dispositions sur les sociétés commerciales –peu nombreuses– prolongeant essentiellement la législation royale. Il a laissé toutefois entièrement libre et pas réglementée la forme sociale de la commandite par actions, chose qui –avec le régime rigoureux que le Code a réservé à la société anonyme– a provoqué durant le demi-siècle suivant des « fièvres de commandites » spéculatives néfastes pour les petits épargnants<sup>103</sup>. En ce qui concerne les sociétés anonymes, le Code a permis leur création seulement après autorisation du gouvernement, après contrôle par le Conseil d'État non seulement de la légalité, mais aussi de l'opportunité de leur création et de leurs statuts. Il est évident que ce contrôle visait à la préservation de l'ordre public –économique mais aussi politique– tel qu'il était perçu par le régime impérial. Le système a été lourd, mais l'intervention du Conseil d'État a joué un rôle d' « ordre public constructif » en matière de sociétés anonymes qui a été prouvé utile pour le législateur postérieur<sup>104</sup>.

#### **La naissance du droit grec moderne des sociétés - de la domination ottomane à la première période après l'Indépendance**

Du côté grec de la comparaison, une sorte de pré-capitalisme est né difficilement au XVIII<sup>e</sup> siècle dans le cadre de la domination ottomane, à savoir sous un Empire despotique, caractérisé par l'arbitraire et rétrograde. Dans ce cadre, il n'est pas bien sûr question d'un ordre public économique visant au développement et la modernisation de l'économie nationale grecque. Ainsi (différence majeure avec le capitalisme français), le pré-capitalisme grec ne naît pas dans le cadre d'un État national et de son ordre public économique. Les Grecs ont par contre au sein de l'Empire ottoman un statut de communauté religieuse et jouissent d'une certaine « autogestion » juridique limitée, l'Église étant autorisée à appliquer dans les relations privées le droit byzantin<sup>105</sup>. Les relations commerciales étaient régies par la coutume et les corporations<sup>106</sup>. Dans ce contexte, il n'y a pas question de création de

---

<sup>102</sup> Sur cette construction v. J. Hilaire, op. cit., n<sup>o</sup> 123, 128 suiv., P. Didier, t. II, p. 49 suiv.

<sup>103</sup> J. Hilaire, op. cit., n<sup>o</sup> 130 suiv.

<sup>104</sup> J. Hilaire, op. cit., n<sup>o</sup> 134.

<sup>105</sup> V. N. Pantazopoulos « De la tradition « savante » ... », précité, p. 83 suiv.

<sup>106</sup> K. Pamboukis « Droit commerciale général », précité, p. 72 suiv. D. Gofas, « Esquisse d'une histoire du droit commercial grec sous la domination ottomane » in « La formazione storica del diritto moderno in Europa » III, Florence 1977.

sociétés de capitaux. Malgré la renaissance spectaculaire du commerce de plusieurs îles et villes grecques à la fin de XVIIIe siècle, il ne semble pas que même les sociétés de personnes aient été utilisées pour la création d'entreprises capitalistes relativement importantes et ayant une certaine permanence, avec toutefois une particularité du commerce maritime. L'exception la plus mémorable d'organisation d'une activité économique collective durable est celle de la « coopérative » textile (syntrofia) d'Ambelakia en Thessalie – exception qui par ailleurs n'a pas duré plus d'une génération (1780-1811), la coopérative ayant été détruite par les abus du pouvoir ottoman, par la concurrence anglaise (à pire qualité mais meilleur marché) et par les conséquences économiques des guerres napoléoniennes<sup>107</sup>. On doit aussi relever pour cette même période l'utilisation de la « commanda » méditerranéenne pour le commerce maritime –habituellement une « commanda » par voyage, sans exclusion toutefois de relations plus stables d'exploitation d'une entreprise maritime–, avec cette particularité que les collectivités des marins formant les équipages étaient réputées des associés, participant aux bénéfices mais aussi souvent au financement de l'opération maritime avec des apports en numéraire ou même parfois à la propriété du navire. La commanda est parfois combinée avec le « montage » de la vente simulée du navire à des marchands russes, pour pouvoir bénéficier des privilèges du pavillon russe et contourner les prohibitions de la « Porte Sublime » (gouvernement ottoman)<sup>108</sup>. Dans certains îles grecques semi-autonomes avant la Révolution (notamment celles d'Hydra, Spetses et Psara) la situation prend une dimension politique de réglementation de la relation entre armateurs et marins–associés, autrement dit « d'ordre public politique » de la matière et le problème devient un enjeu de pouvoir au sein de ces îles. Les deux points de friction concernant la commanda sont la participation des marins à

---

<sup>107</sup> V. les statuts de la syntrofia comme annexe in L. Georgakopoulos « Manuel de droit commercial », t. 1, fas. 2, p. 687. La dynamique économique de la coopérative était largement fondée sur les exportations vers l'Empire autrichien, dont la déstabilisation économique à la suite de ses défaites par Napoléon a nui beaucoup à Ambelakia. Le coup fatal à la syntrofia a été la faillite en 1811 de la Banque de Vienne et la perte des 10 millions de francs y déposés par les marchands de la coopérative. Celle-ci était déjà entrée dans la voie du déclin comme conséquence de l'extorsion de fonds immenses et de l'attitude générale hostile de la part du gouverneur local ottoman.

<sup>108</sup> L'un des facteurs principaux du développement de la marine grecque à l'époque a été la clause du Traité de Kioutsouk-Kainartzi (mettant fin à la guerre russo-turc de 1769-1774) permettant aux navires grecs de porter le pavillon russe –chose particulièrement importante pour la sécurité juridique et la protection des commerçants face à l'arbitraire du pouvoir ottoman. Plus tard la Porte s'est efforcée toutefois d'interdire à ses sujets grecs d'utiliser le pavillon russe, d'où le « montage » précité. L'autre facteur important « extérieur » du développement du commerce grec à l'époque a été la commercialisation de « lettres de protection » de puissances bénéficiant de traités commerciaux favorables avec l'Empire ottoman : les consuls de ces puissances (le plus souvent Grecs) vendaient à des commerçants grecs ces « lettres » qui leur permettaient d'exercer leur commerce à des termes favorables. V. N.Pantazopoulos « Formes d'organisation corporatiste... », étude précitée, p. 756 suiv.



la totalité du bénéfice dégagé et leur contribution par des apports supplémentaires aux pertes. Les armateurs s'efforçaient ainsi souvent de monopoliser le pouvoir au sein de ces îles, en visant de la sorte à réglementer la matière à leur gré, et ils provoquaient en plus des interventions des autorités ottomanes en leur faveur, sans toutefois gagner toujours et partout la partie face aux marins bien organisés<sup>109</sup>. Globalement, l'exemple grec de la période montre que la création des formes de sociétés les plus développées n'est pas la simple issue spontanée du jeu de la liberté contractuelle mais –du moins dans une large mesure– une création du droit positif garantie par une série d'institutions.

Après la Révolution (1821) et la reconnaissance d'un État national grec (1829), avec l'introduction officielle du Code de commerce français, commence le développement moderne de la vie des sociétés en Grèce, de conserve avec le long processus de transformation capitaliste de l'économie grecque. On doit aussi situer ce développement dans le cadre de la construction d'un État de droit, notamment –après un intervalle de monarchie absolue dans les années 1833-1843– avec les Constitutions de 1843 et 1864. Les sociétés trouvent ainsi leur place dans le cadre d'un ordre public économique de nature libérale. Les premières entreprises importantes sous la forme de sociétés anonymes sont formées à l'époque. Toutefois, la plupart des entreprises demeurent pendant longtemps des exploitations individuelles ou familiales, et cela indépendamment de la forme juridique dont elles revêtent<sup>110</sup>. Plus généralement, les dévastations de la guerre, la petite taille du marché intérieur, les prêts anglais durant la Révolution pèsent lourdement sur l'économie nationale, et les capitaux grecs les plus importants ont leurs centres d'intérêts à l'extérieur de l'État. Tous ces facteurs limitent beaucoup la dynamique économique du pays, et par conséquent l'utilisation appropriée des structures sociétaires modernes. Ce sera d'ailleurs une période de transition très difficile pour la marine commerciale grecque, durant laquelle les formes sociétaires « coopératives » –des versions de « commanda »– vont disparaître<sup>111</sup>.

### **Libéralisation de la constitution des SA françaises et renforcement de l'impératif sociétaire (1867-1918)**

Durant cette même période, le problème crucial du droit des sociétés est en France celui de la libéralisation de la société anonyme. C'est essentiellement le problème de la forme

---

<sup>109</sup> Sur l'ensemble de la question v. (en grec) L. Kotsiris « La morphologie sociale et juridique de la marine commerciale au temps de la Révolution », Thessalonique 1983, N. Pantazopoulos « Formes d'organisation corporatiste ... », étude précitée, p. 748 suiv.

<sup>110</sup> L. Georgakopoulos, op. cit. p. 40.

<sup>111</sup> Sur cette première période de l'économie grecque après l'Indépendance, v. A. Frangiadis « L'économie grecque XIXe- XXe siècles. De la Guerre de l'Indépendance à l'Union économique et monétaire de l'Europe » (en grec), éd. Nefeli 2007, p. 19 suiv.

juridique correspondant à l'entreprise du temps de la révolution industrielle qui se propageait par vagues successives en France après la fin des guerres napoléoniennes, avec le rayonnement de l'exemple anglais<sup>112</sup>. La révolution industrielle nécessite le rassemblement de capitaux par appel à l'épargne publique, et en même temps la responsabilité limitée de l'entrepreneur devant l'étendue de l'investissement, de l'activité et partant de responsabilité requis<sup>113</sup>. Seule la société anonyme peut offrir ces avantages, mais elle est toujours sous le régime restrictif du Code de commerce, la suspicion pesant encore sur elle. La commandite par actions avait été discréditée par les scandales et elle était caractérisée d'ailleurs par certains archaïsmes : la responsabilité indéfinie du commandité –désavantage important pour le chef d'entreprise, sauf recours à un homme de paille– mais aussi plus généralement la particularité de la position juridique de cet associé, particularité qui ne facilitait pas la stabilité ni la transmission des entreprises avec sa sortie de l'affaire par la monétarisation de sa position. Le modèle français de l'époque subissait d'ailleurs la pression de la libéralisation du droit anglais des sociétés anonymes avec le Company Act de 1856 : combinée avec la reconnaissance des sociétés anglaises en France par un Traité franco-anglais d'avril 1862, cette libéralisation a donné naissance au « montage » de la création en Angleterre de sociétés de droit anglais destinées à accueillir des entreprises activées en fait en France<sup>114</sup>.

Après quelques tâtonnements, le gouvernement du Second Empire a fait le pas décisif en 1867, en libéralisant la constitution de la société anonyme par la grande loi du 24 juillet de cette année sur les sociétés par actions supprimant la nécessité d'autorisation pour la constitution des sociétés anonymes de droit commun<sup>115</sup>. Toutefois, cette libéralisation est allée de pair avec la multiplication des règles législatives impératives sur la constitution et le fonctionnement de la société anonyme, le dispositif légal accueillant largement les solutions élaborées par le Conseil d'État dans le cadre du contrôle de la constitution des sociétés anonymes sous le régime précédent. C'est parce que les autorités en place n'oubliaient pas que la société anonyme, tout en étant l'instrument merveilleux du capitalisme moderne, selon l'expression de G.Ripert<sup>116</sup>, pouvait aussi très bien être la couveuse de scandales qui, dans les sociétés anonymes utilisant largement l'épargne publique, seraient à même de mettre en péril la confiance économique mais aussi l'ordre public politique et social de l'époque. Quelques scandales retentissants sous la IIIe République vont justifier ces

---

<sup>112</sup> R. Sramkiewitz, *op.cit.*, n. 481 suiv., P. Didier, t. I., n° 74 suiv.

<sup>113</sup> J. Hilaire, *op. cit.*, n° 134.

<sup>114</sup> J. Hilaire, *op. cit.*, n° 142, L. Convert, thèse précitée, n.61.

<sup>115</sup> J. Hilaire, *op. cit.*, n° 143, L. Convert, *op. cit.*, n° 61, R. Sramkiewitz *op. cit.* n.795.

<sup>116</sup> «Les aspects juridiques... », no 46.

crainces et renforcer la tendance du droit de la société anonyme vers plus d'impératif. L'autre facteur de ce renforcement à la même époque était la prise de conscience de ce que la liberté contractuelle et le droit commun des obligations ne pourraient pas aboutir à un résultat satisfaisant en matière de société anonyme – du point de vue de l'exercice de l'activité d'une entreprise avec sécurité juridique et adaptabilité. La tendance de l'époque est ainsi de donner à la société anonyme une forme plutôt institutionnelle que contractuelle<sup>117</sup>. La libéralisation de la société anonyme a été par conséquent suivie d'un développement important pour cette forme sociale de l'ordre public sociétaire de provenance législative dans ses dimensions limitative et constructive. Les autres évolutions importantes ont été la reconnaissance jurisprudentielle de la personnalité morale à la plupart des sociétés commerciales et à la société civile, ainsi que l'attribution impérative par la loi aux sociétés anonymes en 1893 de la commercialité, indépendamment de leur objet, dans le but de leur appliquer le droit de la faillite<sup>118</sup>. C'est par ailleurs à cette même époque que se présentent certaines apparitions de l'« ingénierie sociétaire » qu'on pourrait qualifier de montages – notamment les syndicats de blocage et les premières « sociétés de sociétés »<sup>119</sup>.

#### **L'évolution du droit grec des sociétés dans la période 1867-1920**

La réforme importante du régime de la société anonyme en France n'aura pas de conséquences immédiates en Grèce, où l'on continuera d'appliquer le système du Code de commerce de 1807 de la tutelle étatique sur la création de la société anonyme longtemps après sa suppression en France. L'expérience malheureuse de 1873 avec la fièvre spéculative sur les actions de la société d'exploitation des mines de Lavrion (d'intérêts gréco-français) –fièvre suscitée par la circulation d'information trompeuse– et le krach qui a suivi ont peut-être joué leur rôle dans ce retard. D'autre part, en dépit des difficultés et les revers, le dernier quart de XIXe siècle marque le commencement d'une dynamique économique importante pour la Grèce, une dynamique qui sera suivie par une nouvelle vague de création de sociétés anonymes<sup>120</sup>. Malgré cette évolution, il semble que la forme juridique de la SA reste globalement sous-exploitée (du moins dans sa forme typique faisant appel public à l'épargne) durant cette période – peut-être parce que le rôle de l'industrie grecque dans cette nouvelle dynamique économique est encore relativement faible (avec

---

<sup>117</sup> J. Hilaire, op. cit., p. 232, no 146 suiv.

<sup>118</sup> La commercialité par la forme a été étendue en 1925 aux SARL et en 1966 aux sociétés en nom collectif et aux sociétés en commandite.

<sup>119</sup> V. P. Didier, t. II, p. 315 (sur les syndicats de blocage), p. 535 (sur les premières « sociétés de sociétés »).

<sup>120</sup> V. L. Georgakopoulos, op.cit., p. 40.

l'exception remarquable de la période 1893-1905)<sup>121</sup>. La période 1912-1924 verra l'établissement des frontières actuelles de la Grèce (à l'exception de la Dodécannèse) et la concentration de la grande plupart de la population grecque à l'intérieur de l'État grec – éléments avec un impact économique majeur et contradictoire. Le législateur grec restera prudent et ne libéralisera la société anonyme avec la loi 2190 de 1920 que partiellement : il supprime ainsi seulement le contrôle administratif d'opportunité de la constitution d'une société anonyme (Anonimi Etairia, AE) de droit commun, non celui de licéité, tout en maintenant la surveillance administrative de son fonctionnement<sup>122</sup>. En même temps, il introduit de nombreuses dispositions impératives concernant la constitution et le fonctionnement de la SA (AE) comme « contrepartie » de cette libéralisation partielle. Le droit grec de la société anonyme (AE) maintiendra ainsi un caractère fortement « institutionnel », étant réputé servant l'intérêt général et avec une différence prononcée avec le droit des autres sociétés, envisagées pendant longtemps principalement comme des contrats<sup>123</sup>. On voit ainsi en Grèce aussi le phénomène de la libéralisation –même partielle– de la création de la société anonyme aller de pair avec le développement du rôle limitatif et constructif de l'ordre public sociétaire.

### **La montée de l'interventionnisme étatique et le droit des sociétés dans les deux pays**

La période après la Première Guerre mondiale verra d'ailleurs une tendance commune générale vers plus d'impératif en France et en Grèce. Aussi bien en France qu'en Grèce l'interventionnisme de l'État se développe, dans un cadre de mise en doute de la capacité de l'économie libérale de s'autoréguler. Après la fin de la Seconde Guerre mondiale, cette tendance va continuer à œuvrer sous l'influence des idées keynésiennes, mais surtout sous la pression des besoins urgents de reconstruction dans une période avec de nouvelles caractéristiques géopolitiques, économiques et sociales<sup>124</sup>. Dans cette nouvelle réalité, est

---

<sup>121</sup> Sur le rôle de l'industrie v. A. Frangiadis, op. cit. p. 99 suiv. La dynamique économique de l'époque sera fondée plutôt sur la marine commerciale, les grands travaux publics et certaines branches de l'agriculture. Elle n'empêchera pas les difficultés financières de l'État qui aboutiront à la faillite de ce dernier en 1893 et au contrôle économique international de 1898. Malgré ces revers, la dynamique économique de la Grèce pourra reprendre assez vite.

<sup>122</sup> Sur la réaction de la doctrine grecque de l'époque v. K. Karavas « Manuel théorique et pratique des sociétés anonymes » (en grec), t. 1, 1930, n° 9, p. 14 suiv.

<sup>123</sup> Sur le problème de la personnalité morale de ces sociétés avant l'introduction de l'AK v. A. Tsirintanis « Éléments de droit commercial », fasc. 2 (précité), p. 54.

<sup>124</sup> La situation était plus difficile en Grèce dont les 70% de la richesse nationale ont été détruits pendant la Guerre notamment à cause de la politique de pillage et des représailles des forces

dominante l'opinion que la régulation de l'économie ne peut être laissée aux seules forces et mécanismes du marché. Mais ces interventions et restrictions dans les deux pays ne sont pas foncièrement hostiles au capitalisme – par contre, elles visent finalement à stabiliser et à moderniser le système capitaliste dans la nouvelle réalité de l'après-guerre. D'où quelques tendances communes en France et en Grèce, malgré les grandes divergences quant aux expériences historiques et aux modèles économiques et sociaux plus particuliers suivis dans la période 1944-1974 par chacun des deux pays. Dans ce cadre, dans les deux pays le droit des sociétés se rencontre avec un ordre public plus général de « direction » de l'économie capitaliste par l'État.

Ainsi, certaines activités économiques stratégiques (énergie, grands réseaux) sont soustraites en France et en Grèce au jeu de l'activité économique sociétale privée et seront réservées à des monopoles publics. La France verra ce phénomène de recul de l'activité privée sociétale plus accentué avec les deux vagues de nationalisation de sociétés importantes de 1946 et de 1982. La SA sera largement utilisée comme forme juridique d'intervention directe de l'État dans l'économie aussi bien en France qu'en Grèce – d'ailleurs souvent mélangée avec des éléments de droit public. Les deux pays ont privilégié un système de financement des sociétés intermédié par les banques – souvent étatiques et en tout cas largement réglementées – au détriment de la levée de capitaux sur les marchés financiers – la Bourse sera ainsi atonique durant cette période, notamment en Grèce. Le contrôle des changes et de la circulation des capitaux exercera une influence indirecte mais certaine sur la vie des sociétés. Dans ce cadre, l'impératif sociétal –notamment celui des sociétés de capitaux– sera un moyen privilégié dans les deux pays pour inspirer de la confiance sur le plan économique : plus généralement, l'exercice du pouvoir économique par le biais particulièrement des sociétés anonymes s'institutionnalise pour être mieux contrôlé mais aussi légitimé – c'est notamment le cas pour les sociétés spéciales jouant des rôles clefs dans l'économie (banque, assurance). La période d'après-guerre sera une période dans laquelle la société anonyme jouera parfaitement son rôle de rassemblement de capitaux –par l'une ou l'autre méthode– et de concentration du pouvoir économique<sup>125</sup>. C'est particulièrement vrai pour la France, où l'on verra la multiplication de grands groupes de sociétés à échelle mondiale mais aussi -dans une moindre mesure- en Grèce. Cette

---

d'occupation. Les pertes humaines atteindront les 7% de la population (A. Frangiadis, op. cit., p. 157). Le pays se trouvera d'ailleurs en guerre civile jusqu'en 1949 et demeurera en situation de crise institutionnelle jusqu'en 1974 (avec comme aboutissement la dictature des années 1967-1974). La Grèce rentrera dans la voie démocratique normale depuis 1974.

<sup>125</sup> Cl. Champaud « Le pouvoir de concentration de la société par actions », Sirey 1962, préface Y. Loussouarn.

même période verra la multiplication en France des sociétés spéciales ayant comme base le régime de la SA – à savoir des formes sociales avec beaucoup d'impératif, mais offrant par leur nombre des possibilités de choix aux opérateurs– une caractéristique particulière du droit français des sociétés<sup>126</sup>.

La grande loi française du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales confirmera la tendance impérative du droit français des sociétés et la tendance de son institutionnalisation. C'est aussi le cas pour les réformes successives de la loi 2190/1920 sur la SA en Grèce – même avec un moindre degré de réglementation détaillée. Il est en plus entendu que le contrôle administratif de légalité sur la SA grecque (AE) sera maintenu et même étendu pour ses formes spéciales s'activant dans les secteurs clefs de l'économie. Ce contrôle administratif se présentait d'ailleurs comme la « contrepartie » d'une législation d'incitation particulièrement favorable pour les unités économiques privées dans la Grèce de l'époque<sup>127</sup>. La période verra par ailleurs les efforts d'une partie importante de la doctrine française de soumettre la forme sociétaire aux finalités de l'entreprise, conçue comme une totalité exprimant non seulement le capital mais aussi les autres parties y participant et notamment les salariés<sup>128</sup>. Ces conceptions auront un écho dans la jurisprudence de l'époque, qui arrive même parfois à affirmer que la société n'est pas la chose de ses seuls actionnaires<sup>129</sup>. Le contexte grec avant 1974 ne sera pas favorable pour de telles conceptions ; la relation entre la société anonyme et l'intérêt général sera ainsi envisagé sous l'angle du contrôle administratif– en principe de légalité, mais souvent aussi d'opportunité pour certains domaines importants –, avec une impartialité, cohérence et effectivité contestées par beaucoup. En ce qui concerne les petites et moyennes entreprises, notamment familiales, les deux droits ont introduit durant le siècle précédent des formes sociales inspirées de la GmbH allemande (la SARL de la loi du 7 mars 1925 en France, la SARL de droit grec –EPE– avec la loi 3190/1955), s'efforçant de combiner la responsabilité limitée avec l'intuitus personae. En France, l'introduction de la SARL a provoqué le déclin des sociétés de personnes traditionnelles, la SA ayant toutefois exercé par la suite un « effet attractif » sur la SARL . En Grèce, on voit particulièrement développé un phénomène qui existe aussi en France, à savoir la mise de nombreuses moyennes ou même petites entreprises sous la forme –plus impérative– de la SA, pour des raisons ne relevant pas du droit des sociétés stricto sensu. Le capitalisme grec demeurera d'ailleurs

---

<sup>126</sup> J. Hilaire; op. cit. ;n° 148-149.

<sup>127</sup> Sur cette législation et son rôle économique v. A. Frangiadis, op. cit., p. 190 suiv.

<sup>128</sup> M. Despax « L'entreprise et le droit », thèse Toulouse, LGDJ 1957, J. Pailluseau « La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise », thèse précitée.

<sup>129</sup> CA Paris 22 mai 1965, Fruehauf, D. 1968, 147, obs. R. Contin.

durant cette période largement personnel et familiale, mêmes les entreprises importantes maintenant ces caractéristiques.

### **Le recul de l'interventionnisme et la nouvelle donne en droit des sociétés**

Le modèle « dirigiste » du capitalisme a fonctionné pendant longtemps d'une manière satisfaisante –du moins sur le plan strictement économique, et compte tenu des particularités des deux pays et la différence des modèles politiques, économiques et sociaux suivis par eux à l'époque–, mais à partir de la première moitié des années 1970 il a commencé à présenter des signes d'essoufflement pour plusieurs raisons. Cette nouvelle évolution ne laissera pas bien sûr sans influence le droit des sociétés et notamment l'ordre public sociétaire. C'est dans ce même contexte qu'on verra la multiplication des différents montages. La crise du capitalisme dirigiste aboutira finalement à l'émergence d'un nouveau modèle de capitalisme néolibérale et expansionniste, fort de sa capacité de développer et d'exploiter à son profit les nouvelles technologies, de sa mondialisation et de l'effondrement de son adversaire historique, mais beaucoup plus inégalitaire que dans la période d'après guerre, marqué par un esprit du lucre et un individualisme souvent effrenés, et non exempt d'une instabilité parfois très grave, comme a montré entre autres exemples surtout la grande crise de 2008. L'heure sera en tout cas finalement à la privatisation et à la libéralisation aux deux pays, à partir du milieu des années 1980 (France) ou du début des années 1990 (Grèce), ainsi qu'au recul de l'ordre public économique de direction. Le progrès de l'intégration européenne avec l'établissement des libertés communautaires et notamment la libre circulation des capitaux changera radicalement la donne, avec un impact considérable sur la vie des sociétés. Le démantèlement communautaire des monopoles publics et l'ouverture de certains domaines stratégiques offrent en plus de nouveaux objets à l'activité privée sous la forme de sociétés, tout en posant avec acuité le problème de la régulation de ces domaines. L'ouverture à la concurrence mondialisée provoquera des vagues d'opérations de concentration de sociétés facilitées par la pression de la concurrence internationale – problème particulièrement aigu en Grèce à cause de la taille relativement petite des unités économiques. Ce processus de concentration, combiné avec la tendance vers la financiarisation du capitalisme, aboutiront à un renforcement considérable du pouvoir privé économique sur le plan mondial, notamment dans certains domaines dont bien sûr celui financier, avec une question concomitante et encore non répondue sur les contrôles et contre-pouvoirs nécessaires face à cette concentration. Dans ce nouveau contexte, les nouveaux besoins de coopération entre les entreprises et notamment entre différents groupes ont engendré une demande pour des structures

sociétaires sur mesure que le droit des sociétés traditionnel a été réputé ne pas offrir<sup>130</sup>. La doctrine française a par ailleurs observé que, plus la société s'institutionnalisait, plus les contrats entre associés conclus *ratione societatis* se multipliaient, évidemment dans une pareille recherche de situations juridiques sur mesure<sup>131</sup>. La même tendance pour des structures sociétaires à la carte a été renforcée par le besoin de faciliter le financement de nouvelles entreprises innovantes. Les restructurations intra-groupes multipliées durant cette période nécessitent des structures flexibles et deviennent de la sorte une autre source de pression sur le droit des sociétés. La lourde institutionnalisation souvent rituelle du droit des sociétés et les lourds dispositifs de dissuasion de comportements malhonnêtes ou négligents de la part des dirigeants ne sont d'ailleurs plus à la mode dans une période dominée par le culte de la liberté économique individuelle et de la flexibilité : on pourrait avancer ainsi l'hypothèse que les moyens juridiques de faire confiance dans la vie des sociétés changent avec les changements culturels d'une période à l'autre, mais aussi avec le changement des rapports des forces sociales .

Dans les deux pays, les autorités publiques favoriseront à partir des années 1980 le développement des marchés financiers comme moyen de financement des sociétés, et l'intérêt du public pour la Bourse va renaître, jusque parfois à la frénésie<sup>132</sup>. L'environnement économique des sociétés sera ainsi marqué par le nouveau dynamisme, mais aussi par l'instabilité et les crises des marchés financiers largement internationalisés. Dans ce cadre les sociétés s'efforcent de proposer au public de nouveaux moyens de financement, dans le but de collecter l'épargne publique, mais aussi comme moyen de prendre le contrôle sur d'autres sociétés ou de dissuader des tentatives hostiles de prise de contrôle sur elles-mêmes. D'où une pression importante sur la réglementation impérative traditionnelle des valeurs mobilières. L'ouverture des sociétés aux marchés financiers provoquera en France une dilution importante de la propriété du capital des sociétés cotées – une évolution dans laquelle les dispositions d'ordre public introduites par les réformes législatives des années 1990 et visant au démantèlement des « participations croisées » et des « noyaux durs » ont

---

<sup>130</sup> V. plus généralement sur la « rigidité » du droit français des sociétés notamment face aux besoins de la coopération entre entreprises Ph. Bissara « L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions », *Rev. sociétés* 1990, p. 553. Contra B. Saintourens « La flexibilité du droit des sociétés » *RTD com.* 1987, p.457.

<sup>131</sup> Cl. Champaud « Le contrat de société existe-il encore ? » in « *Le droit contemporain des contrats* », sous la dir. de L. Cadiet, *Economica* 1987.

<sup>132</sup> Sur l'ensemble de la question P.N. Giraud « Le commerce des promesses. *Petit Traité de la finance moderne* », Seuil 2001.



joué un rôle important<sup>133</sup>. Notamment en France, on sera témoin de la montée en puissance dans le capital social des sociétés cotées des investisseurs institutionnelles, surtout ceux de provenance anglo-saxonne, influençant avec leurs propres conceptions et exigences la vie des sociétés. Dans ce contexte, on verra le déplacement de l'attention vers les actionnaires et leurs intérêts (théorie de la suprématie des actionnaires – shareholder theory), au détriment de la doctrine de l'entreprise (qu'on pourrait rapprocher de la stakeholder theory américaine), mais aussi une tendance de financiarisation de l'entreprise elle-même et des relations à son intérieur<sup>134</sup>. Toutefois, le débat sur la responsabilité sociale des sociétés ne cessera pas, même si la question se pose le plus souvent sous l'angle des engagements volontaires des entreprises<sup>135</sup>. Ces dernières doivent en plus désormais prendre en compte l'émergence d'un « ordre public écologique »<sup>136</sup>. D'autre part, plusieurs raisons (groupes de sociétés, besoin de gestion des patrimoines, nouveau « savoir-faire » juridique, paradis fiscaux bénéficiant de la mondialisation) vont aboutir à une instrumentalisation sans précédent des structures sociétaires, la « technologie juridique sociétaire » ayant acquis un développement considérable. De l'autre côté du spectre, la présence importante du petit capitalisme et de la production agricole dans les deux pays sous comparaison dans ce nouveau contexte de concurrence ouverte stimulera la recherche pour des structures sociétaires appropriées à ces types d'activité – étant donnée la préférence de la petite et moyenne entreprise en France et en Grèce pour les sociétés de capitaux.

### **Le nouveau contexte des relations entre l'impératif sociétaire et l'autonomie privée**

C'est dans ce nouvel environnement que se situe aujourd'hui en France et en Grèce le problème des relations entre l'impératif sociétaire et l'autonomie privée tel que posé par le phénomène des montages. Pour un courant de pensée, les droits continentaux des sociétés – dont font partie le droit français et le droit grec – sont destinés à disparaître sous l'effet d'un « darwinisme juridique », au profit des droits anglo-saxons plus supplétifs et par conséquent

---

<sup>133</sup> V. sur cette dilution D. Plihon « Le nouveau capitalisme », éd. La Découverte 2009, 3e édition.

<sup>134</sup> V. sur cette tendance M. Aglieta-A. Reberioux « Les dérives du capitalisme financier » et sur son expression au plan juridique J. Cioffi « Public Law and Private Power : Corporate Governance Reform in the Age of Finance Capitalism », University of Cornell Press, 2010. Pour une réaction du théoricien principal en France de la doctrine de l'entreprise v. Cl. Champaud « Manifeste pour la doctrine de l'entreprise : Sortir de la crise du financialisme », Larcet 2011.

<sup>135</sup> L. Kotsiris « La responsabilité sociale des sociétés » (en grec), rapport au 15<sup>e</sup> Congrès du commercialistes grecs, reproduit in « Problèmes contemporains du droit commercial » (en grec), éd. Ius 2004, p. 169.

<sup>136</sup> « L'ordre public écologique –Towards an ecological public order », ouvrage collectif sous la direction de M. Boutelet- J-C Fritz, Bruylant 2005

plus compétitifs, dans un contexte de « law-shopping » international<sup>137</sup>. Certains auteurs ont même parlé de la « fin de l'histoire » du droit de sociétés<sup>138</sup>. Si l'on prolonge ces analyses, on pourrait conclure que plusieurs montages aujourd'hui illicites ne font qu'anticiper l'évolution du droit, un phénomène qu'on a rencontré souvent dans le passé. Toutefois, la théorie de l' « américanisation » du droit des sociétés est assez hâtive : sans méconnaître l'intérêt particulièrement important que présentent les droits anglo-saxons des sociétés et sans exclure la possibilité d'influences réciproques et d'une convergence des droits des sociétés, on ne doit pas oublier que ces droits anglo-saxons des sociétés ne sont pas exempts eux aussi de défauts, comme les grands scandales sociétaires américains de cette décennie ont montré d'une manière éclatante.

Ceci dit, il est vrai que la tendance du droit français et du droit grec des sociétés stricto sensu est sur plusieurs questions vers moins d'impératif, comme le montrent en France les lois sur la création et la libéralisation de la SAS (lois du 3 janvier 1994 et du 12 juillet 1999), la réforme de la libéralisation du régime des valeurs mobilières (ordonnance du 24 juin 2004) ainsi que la tendance vers la dépenalisation du droit des sociétés et en Grèce les lois sur la libéralisation de la constitution et du fonctionnement de la société anonyme (lois 2941/2001 et notamment 3604/2007) et l'introduction récente d'une « société privée de capitaux » (L4072/2012 - on ne peut toutefois ne pas remarquer que des efforts de « régénérer l'esprit d'entreprise »- notamment de celle petite et moyenne- en Grèce par le biais de la libéralisation du droit de sociétés et de la facilitation juridique de leur création relèvent plutôt de l'ironie involontaire dans le contexte actuel de recession prolongée et catastrophique). En sens inverse, dans d'autres cas –notamment, mais non exclusivement, dans le domaine des sociétés cotées– il y a une tendance inverse de renforcement de l'impératif, particulièrement en ce qui concerne la fiabilité de l'information dispensée, la transparence de la gestion et la protection de la minorité, renforcement bien sûr à des degrés différents dans chacun de deux pays. En tout cas, la tendance vers plus de supplétif en droit des sociétés, pour légitime qu'elle soit dans une certaine mesure dans la nouvelle réalité, ne doit pas aboutir à l'excès, sous peine de désorganisation, de blocages et finalement de crise de confiance. Il y a ainsi quelques équilibres et rapports fondamentaux au sein des sociétés qui ne doivent pas être rompus par le jeu des stipulations

---

<sup>137</sup> V. sur le « darwinisme juridique » A. Martin-Serf « L'instrumentalisation du droit des sociétés », R.j. com 2002, p. 108. Plus généralement sur l' « américanisation » du droit v. « Archives de philosophie du droit » 45, 2001 et notamment V. Magnier « Réception du droit américain dans l'organisation interne des sociétés commerciales », p. 213.

<sup>138</sup> H. Hansmann - R. Kraakman « The End of History for Corporate Law », 89 Geor. Law Journal, p. 439/2001.

contractuelles. En plus, on ne doit pas oublier que, comme nous avons soutenu ci-dessus, l'ordre public économique sociétaire n'a pas de fonctions simplement limitatives, mais aussi protectrices des libertés et constructives. Il présente en outre certains avantages – impartialité, moindre coût de négociation et de transaction, meilleure garantie de la sécurité juridique – qui semblent le rendre indispensable dans une large mesure comme « organisateur », notamment dans les formes sociales ouvertes au public<sup>139</sup>. Peut-être surtout, la régulation en droit des sociétés – du moins de celles exprimant juridiquement de grandes entreprises – n'est pas sans relation avec la régulation générale de l'économie ainsi qu'avec les problèmes cruciaux posés par le pouvoir privé et plus globalement par la question de « choix de Société », à savoir la hiérarchie des finalités de la vie en société humaine. L'ordre public économique sociétaire maintient ainsi dans ses mutations son rôle régulateur, tout en s'efforçant de trouver de nouveaux points d'équilibre correspondant aux nouvelles réalités. Il semble d'ailleurs plus généralement que la grande crise financière et économique que nous traversons dès 2007 mette une fin à la période de domination du credo au laissez-faire simpliste des trente dernières années, évolution qui n'est pas sans impact possible pour le droit des sociétés ; il est d'autre part difficile de prévoir aujourd'hui les nouveaux équilibres qui vont – éventuellement – émerger après une période difficile et à durée incertaine de transition.

### **Plan**

Ordre public économique sociétaire et montages en droit des sociétés tels que nous les concevons maintiennent de multiples relations conceptuelles et historiques ; les montages sont ainsi définis et classifiés essentiellement selon leur relation avec l'ordre public économique sociétaire et ils s'intègrent dans une étape de l'histoire de cette dernière, soit comme indice de sa crise, soit comme facteur de son évolution. Ainsi, notre développement ne peut commencer que par une présentation des deux ordres publics économiques sociétaires sous comparaison – celui français et celui grec – afin qu'on puisse concevoir leurs points de convergence et de divergence mais aussi l'environnement juridique (motifs, ressources, contraintes) des montages sociétaires dans les deux pays (Partie I: Esquisse comparée de l'ordre public économique sociétaire en droit français et en droit grec, environnement juridique des montages en droit des sociétés). Une seconde partie sera consacrée aux montages sociétaires les plus caractéristiques pour chacun des deux droits sous comparaison, montages conçus dans leurs relations avec l'ordre public économique sociétaire. Cette approche nous permettra d'ailleurs de mesurer l'impact des

---

<sup>139</sup> J. Paillusseau « La logique organisationnelle ... », article précité, not. p. 598 suiv.

montages sociétaires sur cet ordre public. (Partie II: Les montages en droit des sociétés dans les deux pays sous comparaison, phénomène conçu principalement dans ses relations avec l'ordre public économique sociétaire).

## **PARTIE I : ESQUISSE COMPARÉE DE L'ORDRE PUBLIC ÉCONOMIQUE SOCIÉTAIRE EN DROIT FRANÇAIS ET EN DROIT GREC, ENVIRONNEMENT JURIDIQUE DES MONTAGES EN DROIT DES SOCIÉTÉS**

L'esquisse comparée de l'ordre public économique sociétaire dans les deux pays sous comparaison peut être organisée autour des deux notions fondamentales de la vie économique contemporaine dans leur relation avec les sociétés et leur ordre public : il s'agit des notions d'entreprise et de marché .

### **Les sociétés formes juridiques de gouvernance de l'entreprise et son ordre public**

Les sociétés se présentent comme les formes juridiques par excellence de coopération mais aussi de pouvoir économique en droit privé. Cette conception des sociétés peut être rapprochée dans une certaine mesure de celle de ce courant d'économistes qui, à la suite de R. Coase, distinguent entre le marché et l'entreprise<sup>140</sup>. Le premier est censé être selon la tradition néoclassique le lieu de coordination des activités économiques et d'allocation des ressources par le jeu des prix résultant d'une négociation incessante entre particuliers égaux ayant des intérêts divergeants jusqu'à l'obtention d'équilibre, avec comme modèle de transaction le contrat-échange. La seconde est pour Coase et les auteurs inspirés par lui un lieu de coopération plus permanente, non soumise à son intérieur à la négociation incessante et aux signaux continus des prix et permettant une meilleure prévisibilité des comportements par l'organisation d'un pouvoir. Unité d'activité économique marchande, l'entreprise est de la sorte organisée à son intérieur selon un mode de coordination non marchand. La société peut ainsi être typiquement conçue comme une forme juridique de coopération permanente non marchande entre apporteurs de capitaux, exprimant un aspect juridique de l'entreprise privée, aspect nécessaire pour l'organisation de cette dernière comme structure de pouvoir. Cette coopération sociétaire est fondée sur une relation d'égalité de principe entre associés. La convergence d'intérêts et l'égalité qui existent en principe entre associés n'excluent pas bien sûr de situations de conflit d'intérêts, d'autant plus qu'il y a un enjeu majeur de pouvoir au sein des sociétés et entre associés, conflits dont la résolution est un problème central du droit des sociétés. L'autre aspect juridique de

---

<sup>140</sup> B. Corjat- O. Weinstein « Les nouvelles théories de l'entreprise », Références - Le livre de Poche, 1995, B. Baudry « L'économie de la firme », La Découverte, coll. Repères, 2003.

l'entreprise, le contrat de travail, exprime par contre une coordination hiérarchique, inégalitaire et fondée sur la subordination juridique du salarié une fois ce dernier entré dans l'entreprise, cette relation d'autorité étant essentielle pour l'organisation du pouvoir caractérisant l'entreprise capitaliste. Selon ces considérations, la société peut être définie comme la forme juridique de l'entreprise, en ce sens qu'il s'agit typiquement dans sa version des temps modernes de la structure principale d'organisation juridique, de financement et de gouvernance de l'entreprise privée (capitaliste), structure le plus souvent personnifiée. Les sociétés juridiquement les plus développées permettent ainsi la séparation patrimoniale entre les associés et les entreprises, l'affectation de biens à l'activité de ces dernières, la conclusion du réseau de contrats mettant en place les entreprises ; c'est d'ailleurs par le biais de relations de propriété sur l'actif de l'entreprise et de contrats – notamment de contrats de travail subordonné - organisées autour de la société, mais aussi par la mise en place et le fonctionnement d'organes au sein de cette dernière qu'est obtenu l'organisation du pouvoir dans l'entreprise privée (capitaliste). C'est ainsi cette structure qui va acquérir les droits de propriété sur les apports effectués par les associés, organiser un pouvoir pour l'entreprise, conclure les contrats de travail nécessaires pour la constitution de l'entreprise et - autour de ces piliers de l'entreprise comme organisation- elle va nouer les relations contractuelles (avec créanciers, fournisseurs, clients) qu'exige le fonctionnement et le développement de cette dernière. Avec cette conception on peut considérer dans une première approche qu'une relation étroite s'établit entre d'une part le risque qu'assument les associés comme « créanciers de dernier rang » de l'actif de la société personnifiée en contrepartie pour le financement de l'entreprise et d' autre part le pouvoir qu'ils exercent au sein de l'entreprise. Ce pouvoir peut ainsi être réputé, selon cette même première approche, devoir servir finalement leurs intérêts. Toutefois, l'entité de l'entreprise prise dans sa totalité comme organisation et comme cellule économique et sociale, le risque encouru aussi par d'autres participants dans l'entreprise et la multiplicité des intérêts souvent conflictuels y impliqués ont un impact certain sur le droit des sociétés, de sorte que s'est posée la question –notamment en France– d'un changement éventuel de paradigme quant aux finalités de la société comme structure juridique de gouvernance de l'entreprise<sup>141</sup>. En tout

---

<sup>141</sup> V. notamment la thèse et les articles précités du Pr. Paillusseau. V. aussi plus généralement sur la relation de l'entreprise et du droit J.-Ph. Robé « L'entreprise et le droit », PUF, coll. « Que sais-je? » 1999 et les articles de L. Bazzoli - Th. Kirat « L'Entreprise et les règles juridiques: une perspective d'économie institutionnaliste », *Revue Interdisciplinaire d'Etudes juridiques*, vol. 40, pp. 47-77, A. Jeammeaud - Th. Kirat -M.- Cl. Villeval « Les règles juridiques, l'entreprise et son institutionnalisation: au croisement de l'économie et du droit », *Revue internationale de droit économique*, n° 1, 1996, pp. 99-141. Pour le point de vue d'un praticien du droit, v. J.

cas, ces questions sur l'entreprise et sa relation avec la société qui est sa forme juridique sont cruciales pour la compréhension de l'ordre public économique sociétaire et de son évolution dans chacun des deux pays sous comparaison (Titre I: L'ordre public économique de la société-entreprise dans les deux pays sous comparaison).

### **Les sociétés et l'ordre public au service du marché**

La distinction entre société - entreprise et marché n'est pas étanche, d'abord parce que l'entreprise capitaliste est évidemment une unité économique s'activant sur le marché, bien qu'il s'agisse rarement d'un marché apparenté au marché « parfait » des manuels. En plus, et plus spécifiquement, d'une part les marchés financiers pénètrent les sociétés cotées et les droits des associés deviennent dans ces sociétés des objets de négociation incessante sur les marchés qui leur attribuent chaque jour un prix. De ce prix des actions résulte aussi un prix pour la société cotée elle-même. Le marché fait ainsi son retour et de la sorte dans la même structure juridique – la société cotée- coexistent deux institutions économiques- le marché et l'entreprise- qui sont conceptuellement distinctes et dans une certaine mesure antagonistes. D'autre part, la société-entreprise ne doit pas étrangler le marché par son extension ou par ses pratiques. D'où le besoin d'une intervention publique dans le but de la protection de la concurrence, intervention qui ne laisse pas sans influence les structures sociétaires et leur fonctionnement. En tout cas, cette relation des sociétés et du marché – marché financier et plus généralement marché concurrentiel– a besoin de son propre ordre public économique sociétaire : le bon fonctionnement et même la construction d'un marché « efficient » ne semblent pas être des phénomènes spontanés. D'où l'émergence d'un ordre public sociétaire du marché qui –malgré son hétérogénéité– est largement caractérisé par le rôle central des autorités indépendantes « régulatrices », phénomène commun en France et en Grèce. L'impact de cet ordre public économique sociétaire du marché sur les conceptions classiques du droit des sociétés pose des problèmes intéressants, comme le fait d'ailleurs plus généralement la question des relations de cet ordre public avec le paradigme de l'entreprise (Titre II: L'ordre public économique sociétaire au service du marché en France et en Grèce).

---

Barthélemy « L'entreprise et la règle du droit: adaptation du droit et adaptation des entreprises », Petites Affiches, 8 nov. 2000, n° 223.

## **TITRE I: L'ORDRE PUBLIC ECONOMIQUE SOCIETAIRE DE LA SOCIETE-ENTREPRISE DANS LES DEUX PAYS SOUS COMPARAISON**

L'approche comparée de l'ordre public économique sociétaire de la société entreprise ne peut commencer que par une première exposition des sources et des grands thèmes de cet ordre public (Chapitre I). Toutefois, ce dernier resterait sans effectivité et valeur si les deux droits sous comparaison – le droit français et le droit grec- ne prévoyaient pas de mécanismes de contrôle de régularité et de sanctions pour les cas de violations de leurs prescriptions impératives, mécanismes et sanctions dont la problématique mérite de leur consacrer un chapitre distinct, d'autant plus qu'ils concernent directement le phénomène des montages en droit des sociétés (Chapitre II). Comprendre dans une perspective comparative les grands traits de l'ordre public économique de la société-entreprise en France et en Grèce est d'ailleurs plus généralement le préalable nécessaire pour la compréhension des montages sociétaires dans les deux pays sous comparaison, car les montages sont principalement conçus dans leur relation avec l'impératif légal, ce dernier imposant des contraintes, donnant des motifs mais aussi offrant des ressources pour ces constructions juridiques d'origine privée.

### **CHAPITRE I: LES SOURCES ET LES GRANDS THEMES DE L'ORDRE PUBLIC ECONOMIQUE DE LA SOCIETE-ENTREPRISE**

Bien que de provenance de sources multiples, l'ordre public économique sociétaire de la société-entreprise n'est pas dépourvu de structure interne. Ainsi, nous allons d'abord présenter le fondement de cet ordre public, fondement se trouvant dans les sources juridiques de valeur supra-législative rayonnant à l'intérieur des deux droits sous comparaison (Section I). Par la suite, nous allons aborder le tronc de l'ordre public économique sociétaire de la société entreprise, un tronc qui se trouve dans la dialectique du droit privé général et du droit des sociétés (Section II). Mais d'autres branches du droit de l'entreprise exercent aussi leur influence –souvent importante – sur la physionomie et l'évolution de l'ordre public économique sociétaire (Section III).



## **Section I: Les sources supra-législatives de l'ordre public économique sociétaire**

Les sources supra-législatives de l'ordre public économique sociétaire (ordres constitutionnels, Convention européenne des droits de l'homme, droit communautaire) sont d'abord –aussi bien en France qu'en Grèce- de nature et fonction libérales: les sociétés y sont envisagées comme l'expression d'une liberté des particuliers, liberté que les sources supra-législatives reconnaissent et protègent – chacune de son point de vue- face à la puissance de l'Etat. De la sorte, on peut dire que les sources de valeur supra-législative sont d'abord dans les deux pays des sources négatives de l'ordre public économique sociétaire, des limites à l'impératif étatique en la matière. Toutefois, la liberté ainsi reconnue en matière de sociétés est loin d'être illimitée: non seulement les sociétés importantes – structures juridiques de l'entreprise privée avec toute la multiplicité d'intérêts catégoriels y impliqués –concernent fortement aussi l'intérêt général, mais elles constituent en plus le lieu par excellence de manifestation du phénomène d'importance capitale du pouvoir privé économique. Par conséquent, les sources supra-législatives non seulement reconnaissent de larges possibilités de développement d'un impératif sociétaire, mais elles tendent à développer un effet horizontal de protection dans les relations privées nées au sein ou autour des sociétés. Par ailleurs, ce dernier phénomène du développement d'un effet horizontal des libertés et droits fondamentaux garantis par les sources supra-législatives est pour un auteur français lié au phénomène des montages sociétaires : l'effet horizontal des droits et libertés fondamentaux en matière de sociétés peut ainsi être considéré comme une réponse au bouleversement significatif d'équilibre entre personnes privées provoqué parfois par ces constructions sociétaires d'origine privée<sup>142</sup>.

Il reste de voir comment se pose concrètement le problème de l'ordre public sociétaire et des sociétés comme expression d'une liberté et comme lieux d'exercice d'un pouvoir privé, à partir des ordres constitutionnels des deux pays sous comparaison (§1), de la Convention des droits de l'homme (§2), de l'ordre juridique communautaire (§3).

---

<sup>142</sup> V. Allegaert (thèse précitée), n° 68.

## § 1. Les ordres constitutionnels français et grec

### A. La protection constitutionnelle du droit de créer des sociétés et d'y participer dans les deux droits sous comparaison

Le droit français et le droit grec diffèrent assez quant à la structure de leurs ensembles de règles de valeur constitutionnelle ainsi que quant à l'étendue et aux techniques de contrôle de la constitutionnalité des lois, de sorte que le contentieux à implication constitutionnelle se rencontre beaucoup plus fréquemment dans la vie juridique grecque que dans celle française<sup>143</sup>. Malgré ces différences, les deux droits constitutionnels reconnaissent et protègent aujourd'hui le droit de créer des sociétés, d'y participer et de les diriger, comme expression de libertés et de droits constitutionnellement garantis. En droit français, cela se fait sur le fondement de la liberté d'entreprendre, réputée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel découler de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, mais aussi, semble-t-il, sur le fondement du principe de la liberté contractuelle<sup>144</sup>. En droit grec, la liberté sociétaire est protégée comme expression de la

---

<sup>143</sup> En France, les normes de valeur constitutionnelle sont dispersées dans plusieurs textes, à savoir la Constitution de 1958 et, sur son renvoi, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et le Préambule de la Constitution de 1946. Ce dernier texte renvoie à son tour à une quatrième source, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Par contre, le droit constitutionnel grec avec valeur supra-législative se trouve dans un corpus unique, la Constitution (Σύνταγμα) de 1975, telle que reformée en 1986 et 2001. La Constitution française de 1958 a opté pour un contrôle de constitutionnalité des lois centralisé, effectué exclusivement par le Conseil constitutionnel, avant la promulgation de la loi, à la demande d'un cercle restreint de personnes (art. 61 § 2 Const. française tel que reformé en 1974). Sur le Conseil constitutionnel et son rôle en matière de constitutionnalité des lois après la réforme constitutionnelle de 2008. v. P. Pactet - F. Melin-Soucramenien "Droit constitutionnel" Sirey 2008, 27e édition, p. 489 suiv., spéc. p. 503 suiv. (notamment sur l'introduction de la possibilité d'une question préjudicielle de constitutionnalité –art.62-1 Const.). Le droit grec a par contre opté pour un contrôle de constitutionnalité des lois diffus, effectué par chaque tribunal quand il doit appliquer une loi et par conséquent avec des effets restreints à l'espèce jugée (art. 93 § 4 Const. grecque) - cela sauf en cas de décisions divergeantes des hautes juridictions de la justice judiciaire et administrative sur la constitutionnalité d'une disposition de loi, cas dans lequel est saisie la Cour suprême spéciale de l'art. 100 de la Constitution, dont la décision jugeant une disposition de loi inconstitutionnelle a un effet erga omnes. Sur ces différences entre les deux ordres constitutionnels. v. A. Manitakis (en grec) "Etat de droit et contrôle judiciaire de constitutionnalité", éd. Sakkoula, 1994.

<sup>144</sup> Jurisprudence constante du Conseil constitutionnel sur la valeur constitutionnelle de la liberté d'entreprendre à partir de sa décision 81-132 DC du 16 janvier 1982 sur la nationalisation de sociétés- AJDA 1982, p. 209, note J. Rivero. Sur la liberté d'entreprendre plus généralement v. P. Delvolvé « Droit public de l'économie », Précis Dalloz 1998, nos 84 suiv., J- Ph. Colson- P. Idoux « Droit public économique », LGDJ 2012, 6e édition, nos 184 suiv. Sur la reconnaissance de la liberté contractuelle comme principe de valeur constitutionnelle découlant elle aussi de l'art. 4 de la Déclaration de 1789, v. 2000-437 DC du 19 déc. 2000 du Conseil constitutionnel, RTD civ. 2001, p.

liberté économique que la Constitution grecque consacre dans ses articles 5 § 1 et – a contrario, et sous la forme plus spécifique de la liberté d’entreprendre – 106 § 2<sup>145</sup>. La liberté de participer à une société est d’ailleurs étroitement liée en France à la protection constitutionnelle de la propriété face au risque de dépossession ou de sa dénaturation de la part de l’Etat, avec des conditions restrictives et protectrices du propriétaire pour l’acceptation de l’expropriation<sup>146</sup>. Cette protection englobe toute sorte de propriété, corporelle ou incorporelle, de sorte que tous les droits sociaux, “matérialisés” ou non, doivent être constitutionnellement protégés comme biens-objets de droit de propriété. Par contre, la jurisprudence grecque considère traditionnellement que la protection de la propriété (*idiokticia*) de l’article 17 de la Constitution ne concerne que la propriété au sens de l’AK (*kyriótita*) sur des biens corporels et ses démembrements, en excluant de cette protection les autres droits patrimoniaux, avec comme conséquence que seuls sont réputés protégés par cet article parmi les droits sociaux la propriété et ses démembrements sur l’action comme titre négociable matérialisé. Mais cette interprétation restrictive est en fait dépassée indirectement par le recours à la CEDH (v. infra)<sup>147</sup>. Les sociétés, comme facteurs

---

209, note N. Molfessis. V. sur l’ensemble de la question M-L. Mathieu-Izorche in « Libertés et droits fondamentaux » (sous la direction de R. Cabrillac - M.-A. Frison-Roche - Th. Revet), Dalloz 2009, 15e édition, p. 681 suiv. Il est à noter que durant la majeure partie du XIXe siècle et à la différence de la conception actuelle la constitution de sociétés anonymes était vue en France non pas comme liberté mais comme un privilège et était envisagée avec méfiance par de nombreux libéraux- v. J.-Ph. Robé « L’entreprise et le droit », précité, p. 52 suiv.

<sup>145</sup> Selon l’art. 5 § 1 de la Constitution grecque « chacun a le droit de développer librement sa personnalité et de participer à la vie sociale, économique et politique du Pays, pourvu qu’il ne porte pas atteinte aux droits des autres et n’enfreigne pas la Constitution ou les bonnes mœurs ». L’art. 106 prohibe à son tour dans son paragraphe 2 l’exercice abusif de l’initiative privée économique (exercice au détriment de l’économie nationale ou contre la liberté ou la dignité humaines). Selon la doctrine grecque, l’art. 5 § 1 protégé la liberté économique comme droit subjectif, tandis que l’art. 106 la protégé a contrario comme « institution ». Il est à noter que la protection de la liberté économique de l’art 5 § 1 concerne les sociétés commerciales et les sociétés civiles à caractère économique, tandis que la société civile sans objet économique (v. infra) est protégée par l’art. 12 de la Constitution, reconnaissant le droit des Grecs de fonder des groupements de personnes à caractère non lucratif. V. sur l’ensemble de la question (en grec) K. Chrysogonos « Droits individuels et sociaux », *Nomiki Vivliothiki* 2006, p. 189 suiv., et plus particulièrement pour la société anonyme, Ph. Spyropoulos-G. Michalopoulos in « Droit de la société anonyme », sous la direction d’E. Perakis, *Nomiki Vivliothiki* 2002, 2e édition, t. 1, p. 305.

<sup>146</sup> Art. 2, 17 de la Déclaration de 1789, Cons. const. 81-132 DC du 16 janvier 1982, précité. Toutefois la suppression du droit de vote des actions n’a pas été considérée par le Conseil constitutionnel comme dépossession mais comme simple atteinte et par conséquent elle n’est pas englobée dans la protection de la propriété de l’art. 17- v. dec. 162 DC des 19 et 20 juillet 1983 Rec. 49 RJC I-157.

<sup>147</sup> Sur l’ensemble de la question v. (en grec) L. Kotsiris « Reflexions sur le noyau substantiel de la propriété sur actions », Armenopoulos 1986, p. 661, K. Botopoulos « La protection de l’action et l’article 17 de la Constitution », *Elliniki Dikaiocini* 1996, p. 274. Selon cette conception traditionnelle est constitutionnellement garanti au titre de la protection de la propriété seulement le

principaux dans les économies contemporaines, sont aussi particulièrement sensibles à l'application du principe d'égalité, principe que les deux ordres constitutionnels sous comparaison – français et grec- reconnaissent comme étant de valeur fondamentale<sup>148</sup>. De la sorte, les deux droits contiennent un premier aspect concernant l'ordre public économique sociétaire, celui libéral et principalement « négatif », de limitation apportée au pouvoir de l'Etat en la matière – cela d'autant plus que les sociétés elles-mêmes sont reconnues comme personnes morales titulaires des droits et libertés fondamentaux<sup>149</sup>.

### **B. L'aspect interventionniste des deux ordres constitutionnels**

Toutefois, ce premier aspect libéral et « négatif » n'est qu'un aspect des deux ordres constitutionnels. C'est parce que d'abord les sociétés les plus développées d'un point de vue organisationnel ne sont pas des créations spontanées de la liberté contractuelle mais des constructions légales, devant être organisées juridiquement et régulées de manière appropriée. La doctrine constitutionnaliste grecque admet ainsi sur le fondement de la liberté économique une obligation de l'Etat de mettre à la disposition des particuliers des formes sociétaires appropriées – de manière que la fonction de la Constitution en matière de sociétés ne soit plus seulement « négative »<sup>150</sup>. Ensuite, les deux ordres constitutionnels ne reconnaissent pas comme illimitées les libertés économiques et plus particulièrement la liberté sociétaire, d'abord parce que le fonctionnement de l'entreprise –dont la structure juridique est la société – implique fortement l'intérêt général, mais aussi des intérêts catégoriels qui font l'objet de protection constitutionnelle. Et cela, d'autant plus que la liberté

---

droit « sur » l'action ou le « noyau » de l'action, avec protection face à la privation du titre ainsi que face à l'anéantissement de la possibilité de sa transmission ou de sa valeur –v. Areios Pagos 31/1990. Par contre étaient réputés exclus de la protection constitutionnelle de la propriété et laissés à l'espace beaucoup plus flou de la protection de la liberté économique les droits « relatifs » découlant de l'action, comme les droits politiques, le droit préférentiel de souscription et l'intégralité de la valeur réelle de l'action. La protection constitutionnelle de la propriété et du contrôle sur l'entreprise conçue comme ensemble de biens corporels et incorporels formant une unité économique, telle qu'introduite par l'art. 106 Const. de 1975 dans ses paragraphes 3 à 5 n' avait pas eu d' impact sur cette jurisprudence restrictive sur la protection constitutionnelle des droits découlant des actions.

<sup>148</sup> Art. 1, 6 de la Déclaration de 1789, art. 4 de la Constitution grecque. Sur le principe d'égalité et le droit des sociétés v. l'arrêt précité fondamental 81-132 du Conseil constitutionnel, J. Mestre « L'égalité en droit des sociétés (aspects de droit privé) », Rev. soc. 1989, p. 399, V. Allegaert, thèse précitée, n° 58 suiv. Pour une application jurisprudentielle du principe constitutionnelle d'égalité en matière de sociétés, v. StE (Conseil d'Etat grec) As. Pl. 1792/1997, E.Emp.D. 1999, p. 503.

<sup>149</sup> Sur les personnes morales comme titulaires de droits et libertés fondamentaux v. Y. Guyon « Droits fondamentaux et personnes morales de droit privé », L'Actualité juridique – Droit administratif 20 juillet – 20 août 1998, n° spécial, p. 136 suiv., V. Allegaert thèse précitée, n° 22, K. Chrysogonos, op. cit., p. 51 suiv.

<sup>150</sup> Ainsi K. Chrysogonos, op. cit., p. 182.

économique ou d'entreprendre coexiste dans les deux ordres constitutionnels – français et grec – avec des principes de nature interventionniste et sociale. Ainsi, les deux ordres constitutionnels sous comparaison permettent et souvent même imposent de larges interventions législatives en matière sociétaire – des interventions qui, à leur tour, ne sont pas bien sûr illimitées –, en constituant ainsi les fondements des deux ordres publics économiques sociétaires respectifs. Notamment le droit grec avait adopté dans le passé un ordre public économique particulièrement interventionniste en matière de sociétés anonymes impliquant l'intérêt général, avec recours fréquent aux fusions ou augmentations de capital forcées – mais cet interventionnisme a reculé devant la pression de la CEDH et du droit communautaire ( v. infra)<sup>151</sup>.

---

<sup>151</sup> Sur les principes interventionnistes dans le bloc constitutionnel français v. P. Delvolvé, op. cit., n° 140 suiv., J-Ph. Colson- P. Idoux, op. cit., nos 252 suiv. Le Conseil constitutionnel français considère qu'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété des limitations exigées par l'intérêt général, sauf erreur manifeste ou restrictions arbitraires ou abusives (v. p. ex. Cons. const. 90-283 DC janvier 1991, p. 384, note Wacshman). D'ailleurs, la liberté d'entreprendre s'exerce dans le cadre d'une réglementation légale (Cons. const. 85-200 16 janvier 1986, Dr. social 1986, p. 372, note J. Gaudemet).V. en plus l'al. 9 du Préambule de la Constitution de 1946 sur le fondement constitutionnel des nationalisations d'entreprises et l'art. 34 de la Constitution de 1958 sur la compétence de principe du législateur en matière des sociétés. En droit grec, la liberté économique est protégée dans le cadre des limites posées par les articles 5 par.1 et 106 par.2 de la Constitution (v. supra), ce dernier article prévoyant par ailleurs dans son par.1 un rôle interventionniste économique particulièrement important de l'Etat. L'art. 5 par. 3 de la Constitution prévoit en plus une réserve générale au profit de la loi qui peut restreindre la liberté en général. Sur ces fondements la loi peut apporter des restrictions importantes à la liberté économique et plus particulièrement à la liberté sociétaire en délimitant les droits respectifs des particuliers et en leur imposant des restrictions dans un but d'intérêt général, toujours toutefois sous le respect du principe de proportionnalité et sans porter atteinte au « noyau » de la liberté en cause – v. K. Chrysogonos op. cit., p. 74 suiv. L'art. 17 prévoit d' ailleurs que les droits découlant de la propriété ne peuvent être exercés contre l' intérêt général, donnant ainsi au législateur ordinaire de larges marges de restriction de celle-ci, avec comme limite la privation de la propriété. Il est à noter que les groupements à but lucratif ne font pas l'objet d'une protection constitutionnelle spéciale liant le législateur commun, à la différence des groupements à but désintéressé- v. Ph. Spyropoulos-N. Michalopoulos, op. cit., p. 310 et p.313 suiv., avec des exemples d' interventions drastiques d' ordre public économique en matière de sociétés anonymes dans le passé, interventions conformes d'ailleurs à la conception jurisprudentielle restrictive de la protection constitutionnelle des droits sur l' action (v. supra).V. en plus l' art. 106 Const. sur le fondement constitutionnel et les conditions des nationalisations d' entreprises et art. 14 par. 9, 16 par.8 pour des restrictions spéciales ayant un impact sur la liberté sociétaire. Un arrêt du StE (Conseil d' Etat grec) est d' autre part allée jusqu' à donner une consécration constitutionnelle absolue aux éléments essentiels de la société anonyme, dont la responsabilité limitée, qui échapperait en tout cas au législateur ordinaire, comme faisant partie du noyau de la liberté économique- StE 3489 /2006 Di. MME 2007, p. 100, note M. Varela. Sur les principes d'inspiration sociale dans la Constitution grecque et la « pesée » entre les différentes valeurs constitutionnellement protégées v. A. Manidakis, op. cit., p. 213 suiv.

### C. L'effet horizontal du droit constitutionnel et les montages en droit des sociétés

Les deux ordres constitutionnels – français et grec – rayonnent aussi comme fondements de l'ordre public sociétaire dans les relations privées, en développant – ou en tendant à développer – des effets horizontaux. On est ainsi témoin les dernières décennies à une tendance plus générale de « constitutionnalisation » du droit privé français, dans un souci de cohérence des solutions et de préservation de l'esprit de l'ordre juridique – une tendance qui ne va pas toutefois sans réactions à cause de la tradition « légicentrique » des juristes français<sup>152</sup>. Si cette tendance se stabilise, l'ordre public pourrait trouver un fondement constitutionnel pour censurer des déséquilibres caractérisés pouvant résulter de l'exercice du pouvoir dans l'entreprise sous la forme sociétaire mais aussi de l'exercice de la liberté contractuelle – aujourd'hui en renouveau – en matière du droit de sociétés stricto sensu, évolution possible non sans impact sur le phénomène des montages. D'autre part, comme nous avons déjà vu, la doctrine grecque, à l'instar de celle allemande, admettait déjà depuis longtemps le rayonnement des valeurs constitutionnelles dans les relations privées par le biais des clauses générales du droit privé grec (notamment les bonnes mœurs – art. 178, 179 AK – mais aussi la prohibition de l'abus de droit – 281 AK). En 2001, la réforme de la Constitution grecque a expressément constitutionnalisé cet effet horizontal, en insérant dans l'art. 25 de la Constitution une clause selon laquelle les droits de l'homme en tant qu'individu et membre de la société (au sens général) sont applicables dans les relations privées « auxquelles ils sont appropriés »<sup>153</sup>. Malgré les incertitudes de la formulation, la réforme parachève une évolution avec une importance potentielle majeure pour l'action des organes des sociétés en tant qu'organes de pouvoir dans l'entreprise. Mais cette évolution de « constitutionnalisation » des relations privées pourrait aussi (comme en droit français et avec un fondement plus solide) avoir un impact en droit des sociétés stricto sensu – en premier lieu, comme fondement ultime du contrôle de l'exercice du pouvoir

---

<sup>152</sup> Sur cette « constitutionnalisation » du droit privé français v. p. ex. L. Favoreu « La constitutionnalisation du droit », in Mélanges R. Drago, *Economica* 1996, p. 25 suiv., N. Molfessis « Les sources constitutionnelles du droit des obligations », in « Le renouvellement des sources du droit des obligations », ouvrage collectif de l'Association Henri Capitant, LGDJ 1997, p. 65 suiv.. Sur l'entreprise et le droit constitutionnel v. G. Drago « De quelques apports du droit constitutionnel à une définition de l'entreprise », in Mélanges Cl. Champaud, Dalloz 1997, p. 299 suiv. Pour un point de vue très critique sur la constitutionnalisation du droit privé v. J. Carbonnier « Droit civil. Introduction » n<sup>os</sup> 67, 116 suiv.

<sup>153</sup> Sur l'effet horizontal après la réforme de 2001 v. (en grec) A. Gerontas « Le principe de proportionnalité et l'effet horizontal [triténérgeia] des droits fondamentaux » in X. Kontiadis (dir.) « Cinq ans après la réforme constitutionnelle de 2001 », 2006, t. 1, p. 499 suiv., Ch. Anthopoulos « L'effet horizontal des droits fondamentaux comme principe constitutionnel », DEA 2002, 677 suiv.

majoritaire, en second lieu comme fondement du contrôle de montages visant à organiser ou à stabiliser le pouvoir économique au sein des sociétés, notamment en limitant la liberté économique de certaines parties. Cette perspective est renforcée avec la consécration expresse dans la Constitution avec la réforme de 2001 du principe de proportionnalité (25 § 1 in fine), principe qu'on peut considérer qu'il développe lui aussi des effets dans les relations privées.

## **§ 2. La Convention Européenne des droits de l'homme**

### **A. La protection des associés et des sociétés par la CEDH**

La Convention Européenne des droits de l'homme est devenue les dernières décennies, selon l'expression de la Cour de Strasbourg, la source d'un véritable ordre public européen<sup>154</sup>. Cet ordre public européen rayonne d'une manière particulièrement énergique en matière économique et plus spécifiquement en matière sociétariaire<sup>155</sup>. Il constitue ainsi un facteur important de convergence des ordres publics économiques sociétariaires français et grec, la France et la Grèce ayant incorporé la CEDH dans la hiérarchie de leurs sources de droit interne, en lui reconnaissant une valeur supra-législative<sup>156</sup>. En plus, si le rôle de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg est capital pour l'effectivité des dispositions de la Convention dans les ordres juridiques nationaux, les jurisprudences nationales ont elles aussi recours de plus en plus souvent à ces dispositions de valeur supra-législative. Cela est très important pour l'ordre juridique français, car la jurisprudence trouve dans la Convention un moyen de contrôle des lois par le recours à des normes de valeur supérieure

---

<sup>154</sup> CEDH, 23 mars 1995, Loïzidou, Série A, n° 310 § 75.

<sup>155</sup> Sur la convention et le droit des affaires v. le dossier Droit et patrimoine, sept. 1999, J. F. Flauss RJDA 6/1995, p. 524, C. Leclère « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit des affaires », thèse Nice 2000, V. Allegaert, op. cit., n°s 12, 35. V. toutefois pour un point de vue très critique sur la Convention J. Carbonnier « Droit civil. Introduction », nos 140, 141, F-X. Lucas « Feu sur les droits de l'Homme », Bull. Joly sociétés, février 2007, éditorial.

<sup>156</sup> La Convention a été signée le 4 novembre 1950 et ratifiée par la Grèce pour la première fois en 1953 et de nouveau après la chute de la dictature de 1967-1974, cette dernière ayant résilié la participation de la Grèce à la Convention, tandis que la France l'a ratifiée en 1974. Le recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme a été reconnu par la France en 1981 et par la Grèce en 1985. Pour les deux pays la Convention est de valeur supra-législative, en France sur le fondement de l'art. 55 de la Constitution, en Grèce sur celui de l'art. 28 de la Constitution grecque.

à celles de provenance légale, par opposition au refus traditionnel du droit français d'admettre un contrôle de constitutionnalité des lois par le juge ordinaire (v. supra)<sup>157</sup>.

Comme en matière des Constitutions, le caractère de l'ordre public sociétaire découlant de la CEDH est d'abord libéral, en ce sens que la Convention –telle qu'interprétée par la jurisprudence européenne et celles nationales- pose des limites à l'intervention et aux restrictions que les Etats peuvent entreprendre ou imposer en matière sociétaire. Cela est d'autant plus vrai que les jurisprudences européenne et nationales reconnaissent comme titulaires des droits protégés par la Convention les sociétés elles-mêmes, comme entités juridiques distinctes de leurs membres<sup>158</sup>. Plus particulièrement, la participation aux sociétés est protégée principalement sur le fondement de l'article 1 du 1er Protocole additionnel de la Convention, garantissant le droit de toute personne –physique ou morale - sur ses biens et sa propriété. C'est sur le fondement de cet article que les tribunaux grecs ont étendu la protection de valeur supra-législative de la propriété au-delà des biens corporels- comme voulait l'interprétation traditionnelle de la Constitution – à tout droit ou intérêt avec valeur patrimoniale. La conséquence en est la protection supra-législative en tant que manifestations de la propriété de tous les droits de nature patrimoniale mais aussi politique découlant de l'action de société anonyme, et non seulement du droit de propriété sur l'action-titre négociable matérialisé, comme acceptait auparavant la jurisprudence (v. supra), et plus généralement une pareille protection pour les droits sociaux non matérialisés<sup>159</sup>. En ce qui concerne les personnes exerçant le pouvoir au sein des sociétés, elles ont souvent invoqué à leur profit –notamment en France et dans le cadre de sanctions imposées par des autorités indépendantes du marché financier – le droit à un procès équitable de l'art 6 CEDH, comme garantie essentielle lors de l'activation des mécanismes de sanction formant le corolaire de leur pouvoir<sup>160</sup>.

## **B. Les limites de la protection**

Toutefois, la protection offerte par la Convention Européenne des droits de l'homme à la liberté sociétaire est loin d'être illimitée. Bien sûr la Convention est un texte de visée

---

<sup>157</sup> V. p. ex. pour une telle application par le juge français C. Cass. Ch. Crim. 12 nov. 1990, Extraco Ansalt, D. 1992, jur. 29, note B. Bouloc.

<sup>158</sup> V. p. ex. CEDH 9 novembre 1994, affaire des raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce, série A, n° 301-B.

<sup>159</sup> V. ainsi Areios Pagos (Cour de Cassation grecque) As. Pl. 40/1998. Nom. V. 1998, p. 705 suiv., chr. G. Kassimatis, du même « La nouvelle notion de propriété et de sa protection », E. Emp.D. 1999, p. 189 suiv., Areios Pagos As. Pl. 14/1999, Nom. V. 2000, p. 454. V. plus généralement (en grec) E. Vassilakakis « L'évolution jurisprudentielle de la notion de propriété selon l'art.1 du 1er Protocole additionnel CEDH », Chr. I D. 2002, p. 201.

<sup>160</sup> V. infra, Titre II.



principalement libérale, ne contenant pas un volet interventionniste, comme le font les ordres constitutionnels français et grec. Mais la Convention laisse une place importante d'intervention des Etats sur le fondement de l'intérêt général, et cela est notamment vrai en matière économique et plus particulièrement sociétaire. Ainsi, l'art. 1 du 1er Protocole additionnel admet la possibilité pour les Etats de réglementer le droit de propriété et admet même la possibilité sous conditions de privation de la propriété pour des raisons d'utilité publique. Les tribunaux français ont ainsi reconnu sur le fondement de cette prévision la conformité à la Convention de la disposition du droit français permettant le rachat forcé par le majoritaire des actions des actionnaires ultra-minoritaires dans les sociétés cotées<sup>161</sup>. En plus, la Cour de Strasbourg limite les titulaires de la protection de la Convention en matière d'atteinte au patrimoine d'une société personnifiée: ainsi, les actionnaires d'une société, ayant seulement une relation « médiate » avec le patrimoine de la société, n'ont pas un droit d'agir à titre personnel en cas d'atteinte à ce patrimoine<sup>162</sup>.

### **C. L'effet horizontal de la Convention et les montages**

La Convention Européenne des droits de l'homme développe aussi, selon la jurisprudence de la Cour, un effet horizontal dans les relations privées, pouvant ainsi jouer un rôle d'ordre public dans la limitation du pouvoir privé ou même de la liberté contractuelle<sup>163</sup>. Selon un auteur français, ce dernier rôle de l'ordre public européen dans la limitation de la liberté contractuelle peut être particulièrement fécond en matière sociétaire : c'est sur le fondement de la CEDH qu'on pourrait, selon ce même auteur, faire agir en droit français dans les relations nouées *ratione societatis* le principe de proportionnalité, dans le souci de préserver les équilibres essentiels d'un droit des sociétés en voie de « recontractualisation »<sup>164</sup>. Si ce point de vue est finalement retenu, on aura à sa disposition un moyen important de contrôle de certains montages sociétaires qui, tout en ne violant pas de front les dispositions impératives du droit des sociétés, peuvent perturber les équilibres sociétaires fondamentaux. Du côté grec de la comparaison, la réforme de 2001 de la Constitution a accepté indirectement l'effet horizontal de la CEDH, mais la jurisprudence est encore très hésitante en la matière<sup>165</sup>. Il est d'ailleurs vrai que plusieurs dispositions de la

---

<sup>161</sup> V. infra, Titre II.

<sup>162</sup> Sur la propriété « médiate » des actionnaires v. Cour EDH 12 octobre 1982.

<sup>163</sup> Sur cet effet horizontal v. D. Spielman « L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées », Bruylant 1995.

<sup>164</sup> V. Allegaert, thèse précitée, n<sup>os</sup> 36 suiv.

<sup>165</sup> V. K. Chrysogonos

CEDH sont difficilement applicables dans les relations privées: est ainsi réputée problématique la transposition en matière des « procédures sans procès » du droit des sociétés- révocation des dirigeants sociaux ou exclusion d'un associé – de l'art. 6 CEDH garantissant le droit à un procès équitable<sup>166</sup>.

### **§ 3. L'ordre juridique communautaire**

#### **A. La liberté sociétaire pour le droit communautaire**

Le droit communautaire, ordre juridique primant les droits nationaux – du moins au niveau des lois – et largement d'effet direct, est aujourd'hui une source majeure du droit des sociétés aussi bien en France qu'en Grèce, ainsi qu'un facteur principal de rapprochement des droits des sociétés français et grec, et partant de leurs ordres publics économiques sociétaires respectifs<sup>167</sup>.

Les sociétés sont envisagées par l'ordre juridique communautaire comme expression de liberté, le droit communautaire posant ainsi d'abord des limites au pouvoir des Etats membres de restreindre l'exercice de cette liberté, et par conséquent des limites aux ordres publics sociétaires nationaux. La liberté sociétaire est principalement considérée par l'ordre juridique communautaire comme manifestation de la liberté d'établissement, comprise comme la possibilité d'un ressortissant d'un Etat membre de participer de façon stable et permanente à la vie économique d'un autre Etat membre aux mêmes conditions que les

---

<sup>166</sup> V. Allegaert, op. cit., n<sup>os</sup> 267 suiv., F. -X. Lucas « Le principe du contradictoire en droit des sociétés », in « Libertés et droits fondamentaux » (dir. R. Cabrillac – M. A. Frison-Roche- T. Revet) Dalloz 2009, 15<sup>e</sup> édition, p. 713 suiv., contestant le caractère disciplinaire de ces procédures et, partant, l'invocation de l'art. 6 CEDH comme fondement d'application du principe du contradictoire en elles. Comp. L. Milano « Sociétés coopératives et droits de l'homme », Journal des sociétés, juin 2008, p. 58.

<sup>167</sup> La France est un pays signataire des Traités fondant les communautés européennes en 1957, tandis que la Grèce y a adhéré comme dixième membre en 1979. Sur le droit communautaire et le droit commercial en général v. P. Didier « Droit commercial - t. 1- Introduction générale. L'entreprise commerciale » éd. Economica 2005 (avec Ph. Didier) nos 154 suiv., Chr. Gavalda - G. Parléani « Droit des affaires de l'Union européenne » Litec 2006, 5<sup>e</sup> édition (par G. Parléani), A. Decocq - G. Decocq « Droit européen des affaires », LGDJ 2010, 2<sup>e</sup> édition et (en grec) L. Kotsiris « Droit commercial européen », éd. Sakkoula 2012, 2<sup>e</sup> édition. Plus particulièrement sur le droit des sociétés v. M. Menjuq « Droit international et communautaire des sociétés », Montchrestien 2009, 2<sup>e</sup> édition, V. Douvlis « L'influence du droit communautaire » in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 1, Nomiki Vivliothiki 2002, 2<sup>e</sup> édition, p. 105.

ressortissants du pays d'accueil, par le biais de l'exercice d'une activité non salariée, dont font partie la constitution et la gestion d'entreprises (art. 49 al.2 TFUE). La constitution et la gestion de sociétés sont expressément mentionnées dans ce même alinéa 2 de l'article 49 du TFUE comme modalités principales du droit d'établissement. D'ailleurs, l'article 54 du Traité assimile aux personnes physiques ressortissants des Etats membres les sociétés rattachées à ces Etats comme titulaires du droit d'établissement (v. d' ailleurs dans l' art. 49 al. 1 sur la possibilité de constitution d'agences, succursales et filiales comme expression du droit d'établissement) ; l'article retient en plus une conception très (trop ?) large pour le rattachement d'une société à un Etat membre de l'Union européenne, une conception qui va bien au-delà des critères traditionnels de « nationalité » des sociétés du droit français et du droit grec (v. infra)<sup>168</sup>. L'article 54 retient d'ailleurs dans son al. 2 une notion autonome des sociétés comme titulaires du droit d'établissement, indépendante de celles nationales (y compris bien sûr de celles retenues par le droit français et le droit grec), tout en excluant de son champ les sociétés « non lucratives »<sup>169</sup>. La relation des sociétés rattachées aux Etats membres ainsi comprises avec la liberté d'établissement dans ses formes d'établissement principal et d'établissement secondaire a par ailleurs donné naissance à certains montages sociétaires internationaux assez douteux (v. infra, Partie II). La liberté sociétaire d'établissement est en plus étroitement apparentée à la liberté communautaire de circulation des capitaux ( art. 55, 63 à 66 du Traité)<sup>170</sup>. Evolution importante pour le droit des sociétés, la CJCE a étendu sa censure au-delà des mesures discriminatoires, en contrôlant les mesures nationales même non-discriminatoires mais pouvant entraver ou gêner l'exercice des libertés communautaires et en posant des conditions restrictives pour admettre leur licéité. Plus généralement, l'ordre juridique communautaire est caractérisé par une finalité principalement économique, à savoir l'intégration des économies des Etats membres dans un marché unique (en fait marché principalement capitaliste) – à la différence de ceux des ordres constitutionnels des Etats membres qui, comme celui français et grec, reconnaissent une pesée sur un pied d'égalité entre la liberté économique et autres

---

<sup>168</sup> Sur les critères de rattachement des sociétés aux Etats membres pour le droit communautaire v. A. Decocq- G. Decocq, op. cit., nos 312 suiv., Chr. Gavalda-G. Parléani, op. cit., n<sup>o</sup> 209 suiv., L. Kotsiris n<sup>os</sup> 435 suiv.

<sup>169</sup> Sur la notion communautaire de société et la particularité de l'utilisation du terme « non lucratif » v. A. Decocq-G. Decocq, op. cit., no 308, Chr. Gavalda-G. Parléani, op. cit., n<sup>o</sup> 214, L. Kotsiris, op. cit., n<sup>os</sup> 437.

<sup>170</sup> Sur ces relations et le rôle de l'art. 55 concernant les participations financières v. A. Decocq- G. Decocq nos 216, 272.

valeurs constitutionnellement garanties<sup>171</sup>. Plus particulièrement en matière de sociétés, la jurisprudence communautaire a retenu une conception très large de la liberté d'établissement et une conception très étroite de la fraude à la loi, en reconnaissant la protection du droit communautaire à certains montages de « law-shopping » sociétaire assez douteux et en neutralisant respectivement les moyens de défense des ordres publics sociétaires nationaux (v. infra, Partie II). Elle s'est montrée d'ailleurs dans le même sens hostile à l'égard de l'ordre public économique grec visant au sauvetage de sociétés surendettées par des interventions drastiques à leurs structures mais aussi dans une large mesure à l'égard des « actions spécifiques » par lesquelles plusieurs Etats membres – dont la France – s'étaient efforcés de contrôler impérativement la composition de l'actionnariat d'entreprises importantes privatisées<sup>172</sup>.

### **B. L'impératif sociétaire de provenance communautaire**

Le droit communautaire n'a pas toutefois seulement un aspect « négatif », de limitation de l'ordre public économique sociétaire national. L'intégration économique européenne nécessite des structures juridico-économiques – autrement dit, principalement des sociétés – présentant entre elles un minimum de cohérence et de garanties affectées aux associés et aux tiers, indépendamment de leur rattachement à l'un ou à l'autre ordre juridique national. D'où un important effort d'harmonisation des droits des sociétés nationaux, sur le fondement de l'article 50 du TFUE, dans le but de rendre équivalentes les garanties affectées par les sociétés aux associés et aux tiers, effort effectué par le biais de directives.

---

<sup>171</sup> V. pour une approche très critique de l'ordre juridique communautaire et de ses finalités F. Terré- Ph. Simler -Y. Lequette « Droits des obligations », n<sup>os</sup> 374 - contra G. Parléani, op. cit., n<sup>o</sup> 19. Sur le caractère constitutionnellement libéral de l' Union, l' unicité de la doctrine qui fonde le droit communautaire, à la différence des autres ordres juridiques, et sur le caractère subordonné dans cet ordre juridique des préoccupations sociales v. A. Decocq- G. Decocq nos 4, 25. Pour les limites que les droits nationaux peuvent apporter à la liberté d'établissement sur le fondement de la notion d'ordre public très étroitement conçue de l'art. 52 du Traité v. M.-Ch. Boutard-Labarde « L'ordre public et le droit communautaire », in « L'ordre public à la fin du Xxe siècle » (avec la coordination de Th. Revet), Dalloz 1996, p. 83 et plus généralement sur les restrictions du droit d'établissement et de la circulation des capitaux notamment par rapport aux sociétés A. Decocq- G. Decocq nos 220 suiv., 284 suiv., 325. Sur la législation française aujourd'hui en vigueur en matière d'investissements étrangers v. *ibid*, nos 229 suiv.

<sup>172</sup> CJCE 30-5 1991 C-19/90, C –20/90 R,I-2691, El. Dikaiocini 1991, p. 1601 obs. V. Douvlis, E.Emp.D 1991, p. 727, obs. I. Soufleros, condamnant sur le fondement de la 2<sup>e</sup> directive la législation grecque permettant les augmentations de capital imposées par l' administration et réservées à certaines personnes dans les sociétés anonymes importantes surendettées. Sur les actions spécifiques et les conditions restrictives de leur acceptation comme mesures non-discriminatoires pouvant entraver ou gêner la libre circulation des capitaux v. CJCE 4 juin 2002 C-483/99, C-367/98, C-503/99, Bull. Joly Bourse p. 411, note N. Rontchevsky, 23 octobre 2007, Rev. Soc. 2007, p.868, note G. Parleani, M. Menjucq, op. cit., no 343.

Ces directives, faisant largement œuvre d'un ordre public sociétaire « constructif » d'origine européenne, constituent une source majeure de l'impératif sociétaire aussi bien en France qu'en Grèce et forment aujourd'hui un tronc largement commun de dispositions impératives pour le droit français et le droit grec<sup>173</sup>. Cela est vrai notamment en matière de constitution, de publicité et de nullités des sociétés de capitaux, de protection du capital social, de la validité des engagements sociaux assumés par les dirigeants sociaux de ces sociétés, de l'information diffusée par les sociétés, de restructurations sociétaires. Le droit communautaire a d'ailleurs exercé une œuvre créative par une autre voie, en enrichissant le *numerus clausus* de formes sociétaires – d'ordre public en France et en Grèce – par de nouveaux types sociaux : sociétés unipersonnelles (inconnues auparavant à certains ordres juridiques nationaux, dont celui grec), GEIE, et surtout la société européenne, forme juridique destinée à permettre une véritable circulation des sociétés dans l'espace européen<sup>174</sup>. Ceci dit, on ne doit pas méconnaître les limites de l'harmonisation opérée en matière de sociétés par le droit communautaire et son impératif. D'abord, harmonisation ne signifie pas un droit de sociétés unique. Les droits nationaux peuvent ainsi souvent opter parmi différentes solutions offertes par le droit communautaire, p.ex. en matière de constitution des sociétés anonymes. En plus, non seulement les sociétés de personnes sont largement laissées en dehors du champ de l'harmonisation communautaire, mais aussi des domaines importants des sociétés de capitaux sont pour le moment laissés en dehors de ce champ, p.ex. l'organisation du pouvoir. Ainsi, le droit français et le droit grec, malgré l'harmonisation communautaire, maintiennent en matière de sociétés leur physionomie propre, mais aussi des différences non négligeables concernant la nature même du phénomène sociétaire et par conséquent leurs ordres publics sociétaires. Ensuite, l'œuvre initialement accomplie par le droit communautaire en matière d'harmonisation du droit des sociétés n'a pas échappé aux critiques : dans une période de défaveur pour l'impératif, la réglementation communautaire des sociétés – notamment celle sur le capital social – a été critiquée comme inflexible, trop lourde ou inutile. Le droit communautaire est ainsi entré

---

<sup>173</sup> Sur ce corps de directives, v. Chr. Gavaldà-G. Parléani n<sup>os</sup> 217 suiv.

<sup>174</sup> Règlement 2157/2001, directive 2001/86/CE (cette dernière concerne la participation des salariés) et pour le droit français L 229-1 suiv. C. com. à L 221-15 C. com., pour le droit grec L3412/2005, DP 91/2006. Sur « la société européenne » v. A. Decocq-G. Decocq, no 75 suiv., M. Menjucq, no 190 suiv., dossier Droit et patrimoine, avril 2004 p. 49 et (en grec) E. Perakis DEE 2003, p. 493, M. Bouloukos-A. Kitsou, Peir Nom., 2004, p. 361. Sur la société européenne « grecque » v. E. Perakis « La société européenne « grecque », Nomiki Vivliothiki 2006. V. dans la même finalité de libre circulation des sociétés dans l'espace européen la directive 2005/56/CE sur les fusions transfrontalières, M. Menjucq, no 322 suiv.

dans une phase caractérisée par l'assouplissement de cet impératif sociétaire – une tendance qui ne joue pas toutefois dans tous les domaines du droit des sociétés<sup>175</sup>.

### **C. L'effet horizontal du droit communautaire et les pactes extra-statutaires**

La Cour de Luxembourg a accepté depuis 1974 l'effet horizontal du droit communautaire, à savoir son impact dans les relations privées<sup>176</sup>. Mais jusque récemment cette reconnaissance n'avait pas été exploitée en matière de sociétés, les obstacles au droit d'établissement sous la forme ou par le biais de sociétés étant réputés de provenance étatique. Une partie de la doctrine s'est posé toutefois la question de l'influence que peuvent avoir certains pactes extra-statutaires comme obstacles à l'exercice effectif des libertés d'établissement et de circulation des capitaux et l'effet horizontal de ces libertés est envisagée comme une réponse possible au problème<sup>177</sup>. Si ce point de vue est confirmé, les libertés communautaires d'établissement et de circulation des capitaux seront une source importante d'ordre public sociétaire dans le contrôle de plusieurs montages utilisant comme instruments les pactes extra-statutaires, en plus une source commune pour le droit français et le droit grec.

## **Section II: L'ordre public économique sociétaire produit de la dialectique entre le droit privé général et le droit des sociétés**

La physionomie des sociétés – et par conséquent leur ordre public – dans chaque droit national est déterminée par le rôle de quelques grandes catégories juridiques

---

<sup>175</sup> Sur le plan de modernisation de la Commission concernant le droit des sociétés, ainsi que sur les rapports Winter et SLIM v. B. Lecourt « L'avenir du droit français des sociétés: que peut-on encore attendre du législateur européen? », Rev. soc. 2004, p. 223, G. Goffaux-Callebout « Le plan d'action de la Commission en droit des sociétés: une approche française », Bull. Joly sociétés 2003, p. 997 et (en grec), S. Mousoulas, EpiskED 2004, p. 558. Particulièrement importante est l'idée et la perspective de l'introduction d'une société européenne de capitaux « fermée » (projet de règlement du Conseil présenté le 25 juin 2008). Sur la « société privée » européenne v. M. Menjucq, op. cit., n° 300 (avec extraits de la proposition de Règlement du Conseil relatif au statut de la société privée européenne présenté le 25 juin 2008).

<sup>176</sup> Walrave et Koch / UCL 12 décembre 1974, aff. 36-74 Rec. p. 1405.V. toutefois sur les limites de l'effet direct horizontal des directives non transposées CJCE 4 décembre 1997 aff. C-97/96, R,I-6843, A. Decocq-G. Decocq no 67.

<sup>177</sup> Ainsi N. Rokas « Sociétés commerciales » (en grec), éd. A. N. Sakkoula, 2008, 6e édition, p. 27.

fondamentales mais aussi par les réponses données aux problèmes cardinaux du droit des sociétés, catégories et réponses qui opèrent dans la fixation des caractéristiques essentielles des sociétés comme phénomène juridique en général mais aussi plus particulièrement dans cette fixation dans les différents types sociaux. Il s'agit d'abord des grandes catégories du droit privé général qui opèrent en droit des sociétés et son ordre public, dans une relation dialectique avec la particularité du phénomène sociétaire (§2). Il s'agit ensuite des réponses données aux problèmes-clefs du droit des sociétés lui-même, des problèmes-clefs qui souvent ne peuvent être compris sans les apports du droit privé général. Ces problèmes cardinaux du droit des sociétés appellent d'ailleurs souvent des réponses de droit impératif, en constituant ainsi des facteurs majeurs dans la construction de l'ordre public sociétaire (§3). Mais, avant qu'on entre dans l'étude comparée de ces catégories en droit français et en droit grec, il est indispensable de souligner la différence de structure qui caractérise les deux droits sous comparaison en matière de sociétés, ainsi que leurs ordres publics sociétaires (pris dans un sens étroit) respectifs (§1). La comparaison va relever des différences importantes dans le « noyau » de l'ordre public sociétaire pour les deux pays, ces différences aboutissant à des environnements juridiques assez dissemblables pour les montages sociétaires.

### **§ 1. Les structures différentes de l'ordre public sociétaire stricto sensu en droit français et en droit grec**

Le droit français des sociétés – et en conséquence l'ordre public sociétaire français stricto sensu – contient bien sûr des ensembles de dispositions consacrées aux types sociaux particuliers, mais il tend néanmoins à une certaine unité conceptuelle du phénomène sociétaire et de ses caractéristiques principales (A). Par contre, pour le droit grec, la distinction entre les sociétés de personnes et celles de capitaux est accentuée, de sorte qu'on peut parler au moins d'un dualisme – ou même pluralisme – certains de l'ordre public sociétaire grec, du moins tel qu'il résulte des textes législatifs (B).

#### **A. Une approche française tendant vers l'unité de compréhension du phénomène sociétaire et de son ordre public**

##### **L'article 1832 al. 1 du Code Civil noyau de l'ordre public sociétaire français**

Le droit français expose dans l'art 1832 al. 1 du Code civil une définition de la société, définition commune, valant en principe pour tout type de société et contenant les éléments de base et de principe de l'ordre public sociétaire français. La société est ainsi selon les termes de l'article instituée par un contrat par le biais duquel deux ou plusieurs personnes affectent à une entreprise commune des apports (des biens ou leur industrie) en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. La pluralité d'associés, la pluralité d'apports, l'engagement d'effectuer un apport par chaque associé, la poursuite d'un but commun de nature économique sont ainsi les éléments essentiels dans cette définition de la société vue d'abord comme contrat et forment les premiers éléments de l'ordre public sociétaire français, valant pour toute société, sauf dérogation légale (v. infra sur les sociétés unipersonnelles). Le contrat de société est d'autre part destinée selon l'art. 1832 al. 1 à former une entreprise, cette dernière étant définie par une partie de la doctrine commercialiste française plus généralement comme unité d'activité économique marchande avec ou sans but lucratif (au sens du partage de bénéfices) ; autrement dit, l'entreprise peut être typiquement unité d'activité marchande indépendante, capitaliste, coopérative ou publique, le contrat de société de l'article 1832 C.Civ. étant destiné en principe aux entreprises en commun des trois premiers types et surtout à l'entreprise capitaliste<sup>178</sup>. Pour une autre partie de la doctrine, l'entreprise est en plus dans son acception typique moderne une organisation économique et sociale produisant pour un marché et ayant besoin de structuration juridique, une entité qui comporte plusieurs intérêts catégoriels mais aussi un intérêt propre à la vie et au développement, la relation de cette entité avec son expression juridique – la société- étant ainsi une question ouverte aux débats (v. infra)<sup>179</sup>. La société doit en tout cas nécessairement selon l'art. 1832 al.1 avoir un caractère économique, au sens de poursuivre le partage de bénéfices ou procurer des économies pour les participants, les activités non économiques – désintéressées, idéologiques- ne pouvant pas revêtir pour l'ordre public sociétaire français la forme juridique de société. Toutefois, bien que l'exercice de l'activité d'une entreprise demeure en droit français la fonction-type des sociétés, on reconnaît comme licite l'utilisation de la forme sociétaire dans des buts

---

<sup>178</sup> P. Didier, t. 1 (édition Economica), n° 223, B. Mercadal « La notion d'entreprise » in Mélanges J. Derrupé, 1991, p. 9. Les entreprises publiques ont par ailleurs le plus souvent aujourd'hui la forme juridique de société anonyme- mais ces entreprises elles-mêmes ou du moins leur caractère public (dans le cas de nationalisation) ne sont pas des produits de contrats de l'art. 1832 al.1.

<sup>179</sup> Ainsi notamment le Pr. J. Paillusseau, v. surtout « Les fondements du droit moderne des sociétés » (précité) n° 47 suiv.



économiques dérogeant à ceux typiques de l'art. 1832 al. 1, avec comme limites d'ordre public la fictivité de la société et la fraude (v. infra)<sup>180</sup>.

### **Les autres dispositions impératives du droit commun français des sociétés**

Comme nous qvons vu dans notre Introduction, d'autres dispositions impératives valant pour toute forme sociale sont contenus dans le même chapitre du Titre neuvième du Livre troisième (ayant comme titre « Des différentes manières dont on acquiert la propriété ») du Code civil, en formant le noyau de l'ordre public sociétaire français : exigence de licéité de l'objet social et de constitution de la société dans l'intérêt commun des associés (art. 1833), participation de chaque associé aux décisions collectives (art. 1844), obligation de chaque associé de contribuer aux pertes (1832 al. 3) et participation aux résultats sociaux avec interdiction des clauses léonines (art. 1844-1), intangibilité des engagements des associés (art. 1836 al. 2). A ces dispositions on doit ajouter la forme écrite et le minimum de contenu obligatoire des statuts (art. 1835) et l'adoption impérative du système d'immatriculation pour l'acquisition de la personnalité morale, à laquelle sont destinées presque toutes les sociétés

---

<sup>180</sup> Sur la destination de la société en droit français exclusivement à des activités économiques v. P. Didier « Droit commercial- t. 2 L'entreprise en société. Le groupe de sociétés », PUF 1999, 3e édition p. 27. Plus généralement v. ibid p. 13 suiv. sur l'évolution ayant abouti à la conception actuelle des sociétés, avec comme point de départ les conceptions de Pothier sur le contrat de société, largement reprises par le Code de 1804. Les étapes essentielles de cette évolution ont été la démarcation conceptuelle par rapport à l'indivision conventionnelle d'usage d'une chose, l'inclusion des coopératives et mutuelles dans la notion de société et l'inclusion explicite de la notion d'entreprise dans la définition légale de la société. V. aussi ibid p. 27 et M. Cozian- A. Viandier-F. Deboissy, nos 63 suiv. sur le chevauchement actuel en droit français entre la société et l'association, toutes deux pouvant faire leurs membres profiter d'une économie. Sur la liberté de choisir la forme sociétaire notamment par rapport à l'indivision, de sorte qu'on pourrait parler aussi d'un chevauchement existant entre société et indivision exerçant une activité économique v. B Saintourens « La flexibilité... », article précité, nos 20 - 21 et M. Cozian-A. Viandier-F. Deboissy, nos 1253 suiv., F.-X. Testu « Indivision » in Rép. civil Dalloz, no 62 suiv. (ce dernier auteur sur l'impossibilité de requalifier une société en indivision, le flou conceptuel de la distinction entre indivision et sociétés non personnifiées et finalement l'inutilité pratique de cette distinction). V. aussi Th. Massart, Rép. soc. Dalloz « Sociétés- contrat de société », no 6 suiv., avec une définition large de l'entreprise de l'art. 1832 comme exploitation commune avec des ressources communes, cet auteur doutant par ailleurs de l'utilité juridique de la notion d'entreprise de cet article, et ibid nos 13-27 sur les différentes utilisations des sociétés en droit français. Dans cette liste on voit figurer typiquement des sociétés avec comme but l'exercice d'une entreprise comme unité d'activité économique marchande (ou rattachable à un tel exercice en le servant, p. ex. sociétés de moyens, sociétés de plusieurs entreprises visant à l'exécution d'un ouvrage unique), avec d'autre part certains cas ne pouvant être considérés comme formes juridiques de véritables unités d'activité économique- ainsi les sociétés de simple gestion patrimoniale de biens, notamment d'immeubles destinés à être loués, les sociétés d'attribution, certaines sociétés d'occasion, certaines holdings. V. sur ces cas de figure infra Partie II de notre étude.

du droit français (art. 1842). L'article 1837 C.civ. soumet d'ailleurs impérativement à la loi française toutes les sociétés dont le siège est situé sur le territoire français. D'autres dispositions, le plus souvent impératives, applicables à toutes les sociétés – sauf dérogation légale spéciale – concernent le capital social et sa formation, les droits des associés sur le capital social, la libération des apports, la protection de l'associé dont les droits sont cédés ou rachetés par la société, la responsabilité des fondateurs et des dirigeants, les nullités des sociétés, leur dissolution et liquidation (v. infra sur les prévisions de portée générale du droit français pour ces questions). D'ailleurs, le Code de commerce contient lui aussi des dispositions impératives communes pour toutes les sociétés commerciales dans le Titre Premier de son Livre II (art L 210-1 à L 210-9), faisant souvent le doublon des dispositions du Code civil<sup>181</sup>. Cette existence de dispositions impératives de droit commun pour toutes les sociétés n'empêche pas le droit français d'avoir une réglementation spéciale impérative développée des différentes formes sociales en matière de sociétés à risques limités et encore plus de sociétés anonymes – de sorte que l'impératif sociétaire stricto sensu du droit français est globalement assez plus volumineux et détaillé que celui du droit grec.

#### **Les limites de la démarche unitaire française**

La tendance unitaire du droit français en matière de sociétés et l'effort de construction d'un ordre public sociétaire de droit commun n'ont pas toutefois échappé aux difficultés et aux critiques. Depuis longtemps des auteurs ont émis des doutes sur la possibilité d'englober dans le même phénomène juridique, d'essence contractuelle, la petite entreprise en société avec fort *intuitus personae* et la grande entreprise ouverte au public dont les actionnaires ont le comportement d'investisseurs<sup>182</sup>. D'autre part, les sociétés sont de plus en plus souvent utilisées non comme formes juridiques d'entreprises, mais comme techniques de gestion du patrimoine ou comme des instruments dans des opérations à but spécifique - évolution étroitement lié au phénomène des montages sociétaires, faisant en plus des auteurs français voir ces utilisations même sur un pied d'égalité avec la destination des sociétés d'être les structures juridiques d'entreprises<sup>183</sup>. On peut toutefois considérer que la fonction-type de la société demeure en droit d'être la forme juridique de financement et de gouvernance de l'entreprise privée, notamment capitaliste. Mais une tension existe

---

<sup>181</sup> En fait, ces dispositions de portée générale du Code de commerce de 2000 ont été introduites par la grande loi de 1966 sur les sociétés commerciales, ayant ainsi précédé les dispositions du droit commun des sociétés dans leur formulation actuelle du Code civil, introduites en 1978.

<sup>182</sup> Ainsi G. Ripert « Les aspects juridiques du capitalisme moderne », nos 38 suiv., p. 90 suiv. spéc.

<sup>183</sup> P. Didier, t. 2, p. 23, M. Cozian-A.Viandier-F. Deboissy, nos 15 suiv.

même entre les deux « piliers » de la définition française de la société, à savoir le contrat et l'entreprise : c'est parce que le contrat ne peut pas synthétiser, semble-t-il, d'une manière adéquate toute la réalité juridique de l'entreprise – organisation économique et sociale complexe destinée typiquement à durer, avec existence d'un pouvoir et de plusieurs intérêts devant être équilibrés. D'où un débat doctrinal passionnant dans la doctrine française sur la véritable nature juridique de la société et ses relations avec l'entreprise, débat avec des implications importantes en matière d'ordre public et de montages (v. infra)<sup>184</sup>.

## **B. Le dualisme du droit grec des sociétés et de son ordre public**

### **Les sociétés de personnes du droit grec**

A la différence du droit français, l'AK (Astikos Kodikas-Code civil grec) ne contient pas un bloc de règles de droit commun pour toute forme de société mais, à l'instar du droit allemand, un bloc de règles concernant la forme de la société civile, type de base pour les sociétés de personnes du droit grec (art. 741-784). L'AK contient ainsi dans son article 741 une définition de la société comme le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes assument réciproquement l'obligation de poursuivre avec des apports communs un but commun, notamment économique<sup>185</sup>. Cette société de l'AK est conçue comme contrat avec *intuitus personae* (considération de la personne) et elle est en principe dépourvue de personnalité morale. A la différence des sociétés du droit français, elle est ouverte à des activités désintéressées (idéologiques, scientifiques, philanthropiques). Toutefois, la poursuite d'un but économique – lucratif ou d'organisation d'une coopération, mais en tout

---

<sup>184</sup> J.-P. Bertrel « Liberté contractuelle et sociétés. Essai d'une théorie du « juste milieu » en droit des sociétés », RTD com. 1996 p. 525, du même « Le débat sur la nature de la société » in Mélanges A. Sayag, Litec, 1997, p. 131, J.-Cl. May « La société: contrat ou institution » in « Contrat ou institution: un enjeu de société » (coord. Br. Basdevant-Gaudemet), LGDJ 2004, p. 122, J. Paillusseau « Les fondements du droit moderne des sociétés », « La logique organisationnelle dans le droit: l'exemple du droit des sociétés », articles précités.

<sup>185</sup> V. toutefois V. Antonopoulos « Droit des sociétés de personnes », p. 11, considérant que la définition de l'art. 741 vaut plus généralement pour tout type de société. Le BGB définit dans son paragraphe 705 la société de droit civil d'une manière présentant quelques divergences avec le droit grec, à savoir comme le contrat par lequel les associés s'obligent réciproquement à favoriser le but commun de la façon déterminée par le contrat et notamment en faisant des apports communs. Mais cette société-constituant, comme en droit grec, le modèle pour toutes les sociétés de personnes allemandes- fait partie de la catégorie plus grande des *Gesamhand* (« communauté en main commune »), qui ne se retrouve pas en droit grec. Sur cette société civile du droit allemand v. F. Ferrand op. cit., n° 718 suiv., M. Fromont, op. cit., nos 403 suiv. Comp. la définition de la société civile en droit français dans l'art. 1845 al. 2 C. civ., cette société n'étant qu'un type spécial de sociétés de personnes parmi d'autres.

cas impérativement non commercial, car les activités commerciales sont réservées aux sociétés commerciales – semble être, selon les termes mêmes utilisés par la loi (« notamment économique ») la fonction de référence de la société civile du droit grec. D'ailleurs, les dispositions de l'AK sur la société civile semblent plutôt être destinées à un groupement à but économique et plus particulièrement lucratif, partageant des bénéfices à ses associés, et développant une activité avec une certaine durée. C'est pourquoi ces dispositions forment (traditionnellement par le biais de l'article 18 EN -Emporikos Nomos- Loi commerciale, supprimé en 2012, et désormais sur le fondement des art. 249 par. 2, 285 par.3 L4072/2012) le droit commun des sociétés commerciales de personnes grecques (société en nom collectif – omorrythmi etairia- OE-, société en nom collectif simple – eterorrythmi etairia – EE-, « société occulte » – aphanis etairia); elles forment ainsi autrement dit le « droit commun » des entreprises en commun destinées à être juridiquement étroitement liées aux personnes de leurs fondateurs, avec prépondérance du lien contractuel intuitu personae entre leurs membres et responsabilité personnelle pour les dettes sociales pour au moins certains des associés. Pour le reste, les sociétés commerciales de personnes du droit grec étaient jusque récemment règlementées de manière très elliptique par les art. 19-28, 39-50, 64 EN, survivance pour la plupart du Code français de 1807, articles presque tous supprimés soit en 2005 avec l'introduction d'un registre général de commerce (L3419/2005-v. infra), soit en 2012 avec l'introduction d'une législation plus moderne sur les sociétés commerciales de personnes (art. 249 à 294 L4072/2012). L'introduction de cette législation spéciale plus complète et moderne a diminué d'ailleurs le rôle des dispositions de droit commun de l'AK dans les sociétés commerciales de personnes grecques personnifiées<sup>186</sup>. La poursuite d'un but économique est nécessaire pour que la société civile du droit grec puisse acquérir – si les associés le choisissent et sous respect des formalités de publicité prévues par la loi – la personnalité morale (784 AK). Les sociétés de personnes du droit grec sont largement laissées au domaine du supplétif – mais cela ne signifie pas l'inexistence d'un ordre public sociétaire même pour cette catégorie de sociétés.

### **Les sociétés de capitaux du droit grec**

Les dispositions de l'AK sur le contrat de société ne forment pas le type de base des sociétés de capitaux du droit grec, dont les types fondamentaux sont la société anonyme

---

<sup>186</sup> V. sur cette réforme P. Panagiotou « Le nouveau droit de la société en nom collectif et de la société en commandite. Problèmes législatifs et d'interprétation de la réforme par la loi 4072/2012 », Nomiki Vivliothiki 2013

(Anónymi Etairia-AE), la société à responsabilité limitée (Etairia Periorisménis Efthinis – EPE) et depuis 2012 la société privée de capitaux (Idiotikí Kefalaïoukhikí Etairía-IKE), qu'on pourrait regarder comme une évolution de l'EPE, pouvant à terme même remplacer cette dernière. Chacune d'elles est d'ailleurs réglemētée par des lois différentes, la loi codifiée 2190/1920 (plusieurs fois modifiée) pour les AE, la loi 3190/1955 pour les EPE, la loi 4072/2012 pour les IKE<sup>187</sup>. La doctrine dominante grecque reconnaît notamment à la société anonyme un caractère de groupement de personnes de caractère « corporatif » (simateiaki ènosi prosòpon), autrement dit largement indépendant juridiquement de ses membres, impérativement doté d'organes et « ouvert », au sens de l'entrée et sortie facile de ses membres, les entités corporatives étant opposées au contrat de société du Code grec (AK)<sup>188</sup>. Ainsi, on pourrait dire que ce caractère « corporatif » de la société anonyme, avec son caractère de société de capitaux « parfaite », forment en droit grec les fondements des principes d'ordre public pour cette forme sociale. Particularité importante du droit grec, traditionnellement la société anonyme grecque est soumise à une surveillance de la part de

---

<sup>187</sup> Sur l'EPE comme institution particulière du droit commercial, n'ayant pas de modèle en droit civil v. K. Pamboukis (en grec) « Droit commercial. Introduction. Notions fondamentales », éd. Sakkoula, 2001, 4e édition (avec P. Papadrossou-Acharniotaki), p. 97. Sur la nature juridique de l'AE v. ci-dessous. Sur la possibilité d'une application à titre subsidiaire des dispositions de l'AK sur le contrat de société aux sociétés de capitaux v. (en grec) V. Antonopoulos « Droit des sociétés de personnes » ed. Sakkoula 2007, 2<sup>e</sup> édition, p.50. Contra en principe pour une telle application pour les sociétés anonymes N. Rokas, op. cit., p. 174.

<sup>188</sup> La doctrine dominante grecque adopte ainsi la distinction faite par la doctrine allemande pour les groupements de personnes poursuivant un but commun selon deux types de base, avec comme critères le caractère fermé ou non du groupement, la prévision de droit impératif d'organe de gestion avec exclusion des autres membres de celle-ci, l'existence ou non de liens contractuels entre les membres ; ces deux types de base sont la société du Code civil et l'association (en grec simateio, littéralement « corporation »), cette dernière servant de type de base pour les sociétés de capitaux et plus particulièrement les sociétés anonymes – v. en ce sens F. Ferrand, op. cit., n<sup>o</sup> 717, M. Fromont, op. cit., nos 402 suiv., N. Rokas op. cit., p. 4- 5 (pour ce dernier auteur le fait que les sociétés poursuivent le plus souvent une activité lucrative tandis que le simateio poursuit obligatoirement un but non lucratif ne constitue pas une différence essentielle, mais un choix du législateur). L'ensemble des groupements de personnes poursuivant un but commun forment d'ailleurs pour la doctrine grecque une catégorie plus générale de société (etairia) au sens large, par opposition à l'indivision, tandis que les sociétés au sens étroit qui nous intéressent sont selon ce point de vue la société civile et les sociétés commerciales, départagés selon les deux types de base que nous avons mentionnés ci-dessus. Les sociétés de personnes commerciales sont ainsi des formes spéciales de la société civile, tandis que la société anonyme est une entité avec structure « corporative ». V. toutefois pour les limites de la filiation entre association du droit grec et société anonyme, autrement dit entre un groupement impérativement destiné aux activités non lucratives et un autre par excellence destiné à la poursuite de telles activités, en plus de droit impératif de nature commerciale K. Pamboukis (en grec) « Droit de la société anonyme », fasc. 1, p. 32. V. aussi N. Rokas, op. cit., p. 174 (pour ce dernier auteur, si la société anonyme a une structure corporative, elle n'entre pas dans la notion de corporation –simateio, « association » -, avec comme résultat l'application non directe mais analogique de certaines –non de l'ensemble- des dispositions de l'AK sur cette dernière aux AE).

l'administration grecque, à cause de son importance pour l'intérêt général (v. infra), cette surveillance étant bien sûr d'ordre public. En plus, les dispositions régissant la société anonyme grecque sont pour cette même raison en principe réputées de droit impératif, les dispositions d'ordre public étant naturellement beaucoup plus nombreuses dans la société anonyme grecque que dans les sociétés de personnes. Selon la doctrine grecque, à la différence du droit français, les sociétés de capitaux de droit grec ne poursuivent pas impérativement de buts économiques, mais elles peuvent, à l'instar du droit allemand, poursuivre même des buts désintéressés<sup>189</sup>. Il est toutefois évident que leur fonction-type légale est, comme en droit français, de constituer par excellence les structures juridiques d'entreprises privées, surtout capitalistes, et plus particulièrement d'entreprises acquérant un degré d'indépendance juridique et organisationnelle par rapport à leurs fondateurs et leurs membres. La doctrine grecque distingue d'ailleurs entre but social (etairikos skopos) et objet social des sociétés de capitaux, cet objet offrant en tout cas le cadre d'exercice d'activité économique (autrement dit d'une ou plusieurs entreprises) par la société servant son but final, qui peut être non économique (v. sur cette distinction infra). Il est à noter que la doctrine grecque évite traditionnellement de dégager des principes de droit commun même pour les sociétés de capitaux du droit grec, en insistant plutôt sur leurs différences – de sorte qu'on pourrait parler d'un « pluralisme » des solutions du droit grec des sociétés, contrastant avec la démarche « unitaire » du droit français<sup>190</sup>. Toutefois, la summa divisio est celle entre sociétés de personnes (sociétés avec comme type de base la société de l'AK, avec un caractère prépondérant contractuel d'intuitu personae et responsabilité personnelle des associés pour les dettes sociales) et sociétés de capitaux (sociétés n'ayant

---

<sup>189</sup> Ainsi, K. Pamboukis « Droit de la société anonyme », p. 131, V. Antonopoulos (en grec) « Droit des AE et EPE », éd. Sakkoula 2009, 2<sup>e</sup> édition, p. 33, N. Rokas op. cit. p. 175. Sur le droit allemand v. M. Fromont op. cit. no. 410. Pareille la position du droit anglais - v. Gower- Davies « Corporations », p. 8. La lettre des articles 1 L. 2190/1920 et 1 L. 3190/1955, n'exigeant pas le but économique comme élément essentiel des sociétés de capitaux grecques, semble justifier cette position. Mais d'autre part on peut objecter que le droit grec offre la forme juridique de l'association (art. 78 suiv. AK) pour la poursuite collective de buts non économiques et que les règles sur les sociétés de capitaux ne sont pas adaptées à ces buts, de sorte qu'on devrait accepter que la poursuite par les particuliers de buts désintéressés avec mise en place d'une personne morale doive se faire impérativement seulement par le biais de l'association. En tout cas la question semble théorique car pratiquement on ne connaît que des sociétés de capitaux de but économique et plus particulièrement lucratif.

<sup>190</sup> Sur les éléments communs des sociétés de capitaux du droit grec les distinguant des sociétés de personnes v. N. Rokas, op. cit., p. 11 suiv. et sur les différences entre AE et EPE v. ibid, p. 508. V. toutefois sur la possibilité de dégager des principes d'un droit commun des sociétés de capitaux Th. Liakopoulos « Les rapports juridiques dans l'AE dès sa formation », éd. A. Sakkoulas 1982, p. 82 suiv. En tout cas, l'application analogique de la disposition de la loi sur les AE aux EPE et inversement n'est pas exclue.

pas comme type de base la société de l'AK, avec risque limité des associés et prévision impérative d'un capital social, avec l'AE comme type achevé et les EPE/ IKE comme types atténués de sociétés de capitaux) et il est plus « économique » de parler de « dualisme » du droit grec des sociétés. En tout cas, ce qui intéresse plutôt le droit grec semble être, à la différence du droit français, de préserver la particularité de chaque type social offert par la loi aux particuliers, non de formuler de principes communs pour toute forme de société.

### **Perspectives d'une certaine unification des solutions du droit grec**

Le « dualisme » du droit grec des sociétés le fait échapper à certaines difficultés conceptuelles rencontrées par la démarche « unitaire » française. Il ne laisse pas toutefois absolument satisfait l'esprit juridique, qui cherche des principes généraux en matière de sociétés. Une tendance importante dans la doctrine s'efforce ainsi de dégager des notions communes de base et des principes valant pour toutes les sociétés<sup>191</sup>. La notion d'entreprise –qui constitue, comme nous avons vu, la fonction-type des deux catégories de sociétés du droit grec ou du moins de celles avec objet économique- pourrait aussi servir comme guide d'une certaine unification des solutions du droit grec des sociétés<sup>192</sup>. La doctrine grecque définit traditionnellement l'entreprise comme l'ensemble de rapports – juridiques et réels- et de biens organisés autour de l'entrepreneur et formant une unité économique<sup>193</sup>. Cette définition a le mérite de souligner le rôle et la réalité du pouvoir dans l'entreprise privée et notamment celle capitaliste, mais, en tendant à « réifier » l'entreprise autour de l'entrepreneur, elle ne rend pas, semble-t-il, absolument compte de la réalité de

---

<sup>191</sup> Ainsi notamment (en grec) L. Kotsiris « Qualification de l'actionnaire comme coassocié dans la société anonyme », Armenopoulos 1980, p. 949 ( insistant sur l'existence dans tout type social d'un élément commun fondamental, à savoir de la « participation collective », ainsi que sur l'existence d'une notion de genre de société « supérieure » aux types sociaux particuliers, définie – avec des références au droit communautaire mais aussi à la réforme de 1978 du droit français des sociétés- comme le groupement de personnes de droit privé constitué par acte juridique de droit privé (dikaiopraxia) et caractérisée par l'obligation des associés d'effectuer des apports, l'attribution à eux de droits politiques et patrimoniaux et pour les sociétés avec personnalité morale par l'acquisition du patrimoine social par la société elle-même, à laquelle les associés participent), I. Markou « Manuel de droit commercial, T. 3. Les sociétés commerciales. A- Partie générale », P. N. Sakkoulas 2007, p. 14 suiv. V. toutefois les réserves de N. Rokas, op. cit., p. 9.

<sup>192</sup> Sur la reconnaissance par la Constitution grecque dans son art. 106 d'une notion d'entreprise et la protection constitutionnelle du contrôle sur celle-ci v. supra. Sur d'autres consécutions par le droit grec de la même notion v. G. Triantafyllakis (en grec) « L'intérêt de l'entreprise comme norme de comportement des organes de l'AE », éd. Ant. N. Sakkoula 1998, p. 216 suiv.

<sup>193</sup> G. Balis (en grec) « Principes généraux » (précité), p. 487, E. Perakis (en grec) « Partie générale du droit commercial », éd. Nomiki Vivliothiki 2000, p. 365.

l'entreprise dans sa forme achevée comme organisation économique et sociale complexe, caractérisée par une multiplicité d'intérêts catégoriels, souvent divergents, mais aussi par un intérêt propre à la vie et au développement, un intérêt devant exprimer un point d'équilibre entre les intérêts catégoriels. La piste de l'entreprise pourrait toutefois – malgré une certaine méfiance de la doctrine grecque<sup>194</sup> – être de lege ferenda utile dans la perspective d'une certaine unification du droit grec des sociétés – du moins de celles à objet économique, une unification bien sûr relative, à cause de la multiplicité de types d'entreprises, mais aussi à cause de la réalité de montages sociétaires utilisant les sociétés comme outils de gestion patrimoniale ou comme des instruments à buts spécifiques.

## **§ 2. Les grandes catégories du droit privé général dans l'ordre public économique sociétaire**

Une approche comparée des deux ordres publics économique sociétaires – français et grec – ne peut que passer par l'examen des catégories du contrat (A)<sup>195</sup>, de la personnalité morale (B), des notions d'obligation et de bien dans leurs relations avec les droits sociaux (C), de celles d'activité civile et de commercialité (D). Toutes ces catégories agissent d'une manière ou d'une autre dans la détermination du caractère du phénomène sociétaire en général et des types sociaux particuliers, en fixant dans une large mesure

---

<sup>194</sup> Négatifs ainsi (d'un point de vue libéral) L. Georgakopoulos (en grec) « Droit des sociétés » t. 3, Athènes, p. 209 suiv., N. Rokas (en grec) « Les limites du pouvoir de la majorité dans le droit des sociétés anonymes », Athènes, 1971, p. 98 (plus nuancé, mais demeurant négatif, dans son manuel précité, p. 10). V. aussi les réserves du Pr. V. Antonopoulos « Droit des sociétés de personnes » (en grec) p. 1-2. Critique aussi (mais d'un point de vue marxiste) K. Pamboukis « Droit commercial- Introduction », p. 34 suiv., « Droit de la société anonyme », fasc. 1, p. 53 suiv. Par contre, favorable à l'idée de l'entreprise comme nouveau fondement du droit de la société anonyme G. Triantafyllakis « L'intérêt de l'entreprise . . . », ouvrage précité, avec de riches références aux débats allemands en la matière.

<sup>195</sup> Le droit français distingue entre une notion de genre, la convention, définie comme accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destiné à produire un effet de droit quelconque, et une notion d'espèce, le contrat, défini par l'art. 1101 C. civ. comme une convention génératrice d'obligations ; mais les deux notions tendent en fait à se confondre- v. J. Flour- J.-L. Aubert - E. Savaux, v. 1, n° 79 suiv. La doctrine grecque définit le contrat (symvaci) comme l'acte juridique (défini lui-même comme la déclaration de volonté destinée à produire des effets juridiques) contenant les déclarations de volonté d'au moins deux personnes, opposées entre elles mais coïncidant quant au but juridique recherchée. V. Ap. Georgiadis (en grec) « Droit des obligations. Partie générale », P. N. Sakkoulas 1999, p. 48.



leurs éléments essentiels, ceux qui ne sont pas laissés en principe à l'autonomie privée et à la liberté contractuelle pour aucun des deux droits sous comparaison, et jouent ainsi un rôle cardinal dans l'organisation juridique de l'entreprise en société. C'est d'ailleurs dans l'implication de ces catégories dans le droit des sociétés – et notamment de celles du contrat et de la personnalité morale - que se rencontrent les différences les plus importantes entre le droit français et le droit grec des sociétés et leurs ordres publics sociétaires respectifs. Ces catégories forment en plus l'environnement juridique des montages sociétaires, qui souvent les utilisent d'une manière atypique ou même douteuse, ces montages devenant ainsi des facteurs d'une certaine crise de catégories fondamentales du droit privé et notamment de celle de la personnalité morale.

## **A. L'ordre public sociétaire et la société comme contrat**

### **La société comme contrat pour le droit français**

Comme nous avons déjà relevé, la société est d'abord conçue en droit français comme contrat et les caractéristiques essentielles du contrat de société forment traditionnellement le noyau de l'ordre public sociétaire français, l'autonomie privée ne pouvant pas utiliser librement la forme sociétaire sans le respect de ces caractéristiques –sauf bien sûr dérogation légale-, sous peine de nullité ou du moins de requalification du contrat (v. infra)<sup>196</sup>. Les piliers conceptuels du contrat de société sont la pluralité d'associés, la pluralité d'apports (au sens que chaque associé doit s'engager à effectuer un apport, soit en numéraire, soit en nature –en propriété ou en jouissance –, soit de son industrie), la volonté de former une communauté de risques, de décisions et de résultats (sur la notion d'entreprise dans la définition légale du contrat de société v. supra et ci-dessous). Les trois derniers éléments sont synthétisés, semble-t-il, par la jurisprudence et la doctrine dans la notion - fondamentale pour l'ordre public sociétaire français mais assez controversée- d'*affectio societatis* (« intention de s'associer ») - non expressément introduite par la loi,

---

<sup>196</sup> V. sur la société comme contrat Y. Guyon « Les sociétés -Aménagements statutaires et conventions entre associés », in « Traité des contrats » (sous la direction de J. Ghestin), LGDJ 2002, 5e édition, P. Didier « Brèves notes sur le contrat-organisation », Mélanges F. Terré, Dalloz-jurisclasseur 1999, p. 635, Th. Massart « Société- contrat de société », Répertoire sociétés Dalloz, J. Mestre « La société est bien encore un contrat », Mélanges Chr. Mouly, Litec 1998, p. 130, C.Goffaux-Callebaut « Du contrat en droit des sociétés », L'Harmattan 2008. V. toutefois M.Cozian-A.Viander-Fl.Deboissy, n°14, pour qui la société n'est pas un contrat mais un acte unilatéral collectif, poursuivant un intérêt unique là où le contrat se caractérise par une pluralité d'intérêts. Sur la promesse de contrat de société v. Y. Guyon, op. cit., no 283.

mais exploitée traditionnellement par la jurisprudence comme critère de délimitation du contrat de société par rapport à d'autres contrats ou rapports juridiques mais aussi –chose importante dans le contrôle de certains montages sociétaires- comme critère de l'utilisation valable du contrat de société par les particuliers<sup>197</sup>. Selon la doctrine française, la seule obligation née du contrat de société et étant d'ordre public sociétaire pour chaque associé est en principe exactement d'effectuer un apport, une obligation que l'associé assume à l'égard de la société que le contrat crée<sup>198</sup>. Se pose toutefois la question si la liberté

---

<sup>197</sup> Pour la Cour de cassation, l'affectio societatis est un élément constitutif distinct dans le contrat de société, définie comme l'intention des associés de collaborer « de façon effective à l'exploitation dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité, chacun participant aux bénéfices comme aux pertes » (Ch. com. 3 juin 1986, Rev. soc. 1986, p.585, note Y.Guyon) ou comme une « intention de collaborer sur un pied d'égalité à la réalisation d'un projet commun » (Ch. com. 24 juin 2004, Rev. soc. 2005, p.131, note F.-X. Lucas). Selon l'opinion dominante dans la doctrine, l'affectio societatis n'agit pas seulement au moment de la formation de la société comme contrat, mais tout au long de la vie de la société, comme régulateur de la vie sociale. V. en ce sens Y. Guyon « Affectio societatis » in J.Cl. sociétés (nouvelle version par N.Reboul-Maupin), n°30, N.Reboul « Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'affectio societatis », Rev. soc. 2000, p.433. V. pourtant pour l'inutilité de la notion d'affectio societatis, P. Didier, t.2, p. 32. Selon le Pr .Didier, la notion d'affectio societatis exprime mal en latin ce que la participation (de droit impératif) de tout associé dans les décisions collectives - expressément prévue aujourd'hui par l'article 1844 du Code civil – exprime bien en français. Très critique aussi à l'égard de la notion d'affectio societatis V.Cuisinier « L'affectio societatis » Litec 2008, préface A.Martin-Serf. Pour cet auteur, « l'affectio societatis n'est pas juridiquement nécessaire au contrat de société. Celui-ci tient en équilibre sur ses éléments constitutifs sans avoir besoin de cette expression latine... La réhabilitation de la notion d'intérêt commun [...] permet de bannir l'affectio societatis des éléments constitutifs du contrat de société » (n° 585). Contra toutefois toujours l'opinion dominante, pour laquelle l'affectio societatis maintient son utilité comme élément essentiel du contrat de société. Sur l'affectio societatis comme notion à géométrie variable et son utilité en cas de crise dans la société v. M. Cozian- A.Viandier-Fl. Deboissy, Litec 2007, 20e édition, n<sup>os</sup> 141 suiv. Il semble toutefois que l'existence d'une affectio societatis est problématique dans le cas des actionnaires-investisseurs des sociétés cotées visant à la réalisation de plus-values le plus vite possible sans la moindre volonté de participation dans la vie sociale- mais il est d' autre part sûr que cela ne pose pas de problème pour la validité de ces sociétés- v. infra Titre II. Sur l'ensemble du débat v. P. Le Cannu-B. Dondero « Droit des sociétés », Montchrestien 2009, 2<sup>e</sup> édition, nos 93 suiv.

<sup>198</sup> Y. Guyon, « Les sociétés », nos 35 suiv. Sur les apports en général v. H. Blaise « Apports » in Répertoire Sociétés Dalloz, spécialement nos 97 suiv. sur la notion d'apport pour la conception contractuelle et la conception institutionnelle de la société. Sur l'apport fictif d'un associé comme cause de nullité de la société v. H. Blaise op.cit., no 24 et infra dans le chapitre de notre étude sur les sanctions des violations de l'ordre public sociétaire. Sur le régime particulier des apports en nature dans les sociétés par actions et les SARL v. infra dans l'unité de notre étude sur le capital social. Sur l'obligation de garantie de l'associé suivant le type (en propriété ou en jouissance) de son apport en nature v. l'art. 1843-3 al.2,3, M. Germain-V. Magnier nos 1056-54, 1056-55. Sur la responsabilité de l'associé en cas de non- exécution de son apport en numéraire v. l'art. 1843-3 al.4, introduisant un régime dérogatoire et plus pénalisant pour le débiteur par rapport au droit commun et infra sur la sanction de l' « exécution en bourse » du débiteur défaillant en droit de la société anonyme en cas de libération partielle de l'apport en numéraire (art. L228-27 C. com.). Sur la responsabilité éventuelle de l'apporteur en nature en cas de non-exécution à temps de son obligation

statutaire peut ajouter des obligations supplémentaires à la charge des associés. La liberté contractuelle des associés en matière statutaire est plus généralement loin d'être absolue, car le domaine des sociétés est réglementée par un grand nombre de dispositions impératives, principalement dans les sociétés de capitaux (v. toutefois infra pour la SAS). La doctrine et la jurisprudence françaises tendent toutefois à réaffirmer le principe de la liberté contractuelle dans le silence de la loi (la « situation embarrassante », selon l'expression du Pr. Y. Guyon, dans laquelle la loi n'interdit ni ne permet pas quelque chose explicitement), sur le fondement du principe plus général que tout ce qui n'est pas interdit est permis ; de la sorte, l'introduction statutaire d'obligations supplémentaires des associés doit en principe être admise, pourvu que ces obligations soient conformes à l'intérêt social et soient acceptées individuellement par les associés (v. infra Partie II sur la question de la liberté statutaire et sa relation avec les montages sociétaires)<sup>199</sup>. La doctrine accepte en plus l'existence d'une obligation générale légale de bonne foi ou de loyauté de l'associé à l'égard de la société et de ses coassociés, manifestation de l'affectio societatis, mais – en dehors de la prohibition de comportements abusifs de l'associé à l'encontre de la société (v. infra)- le contenu exact de cette obligation suivant le type social et son noyau éventuel d'ordre public sociétaire ne sont pas encore clairement précisés<sup>200</sup>. La seule société du droit français avec pluralité d'associés qui n'a pas, semble-t-il, indubitablement le caractère contractuel est la société créée de fait – construction jurisprudentielle consacrée par la loi dans l'art 1873 C. civ., situation de fait résultant du comportement de personnes comme associés (notamment d'époux, parents ou concubins) et reconnue comme société pour des raisons d'équité ou de protection des tiers<sup>201</sup>.

---

v. P. Didier, t.2, p.134 in fine. Ces dispositions, visant à garantir la réalité du capital social annoncé, doivent être considérées d'ordre public sociétaire.

<sup>199</sup> Ch. com. C. cass. 3 juin 1986, Dalloz 1987, 95, Y. Guyon op cit, n° 88, p.165, 92 suiv..

<sup>200</sup> Y. Guyon, op. cit., n° 91 suiv. Sur la relation entre la bonne foi entre associés et l'affectio societatis, v. Y. Guyon-N. Reboul « Affectio societatis », J.Cl sociétés, n°73. Sur la prohibition des comportements abusifs comme expression de l'obligation de loyauté de l'associé v. P. Le Cannu-B. Dondero no 156 suiv. La question la plus difficile concerne l'existence d'une obligation légale de non-concurrence de l'associé à l'égard de la société comme aspect de son obligation de bonne foi. La jurisprudence et la doctrine acceptent une telle obligation dans les sociétés de personnes, notamment dans le cas de l'apporteur en industrie. Elles sont beaucoup plus réservées quant aux sociétés de capitaux- v. toutefois Ch. com. C. cass. 6 mai 1991, D 1991, 609, note A. Viandier (acceptation d'une obligation légale de non-concurrence à la charge des associés d'une SARL, les circonstances de l'affaire étant toutefois exceptionnelles). Pour la reconnaissance d'une telle obligation ex lege seulement pour les dirigeants des sociétés par actions et non des actionnaires, sauf circonstances exceptionnelles v. P. Le Cannu- B. Dondero, no 165.

<sup>201</sup> J. Prieur « Société créée de fait »- Répertoire sociétés Dalloz. Il est vrai que la jurisprudence et la doctrine françaises retiennent la réunion des éléments du contrat de société de l'art. 1832 pour la qualification d'une situation de société créée de fait. Toutefois, dans les cas

La théorie générale française du contrat subit en matière du contrat de sociétés des entorses certaines, non sans relation avec l'ordre public. Ainsi, l'exigence de capacité des contractants et celle d'un consentement non vicié, deux des fondements de la validité du contrat (art. 1108 C. civ.) et avec un caractère d'ordre public général de protection, sont en déclin certain pour le contrat de société, notamment dans les sociétés de capitaux (v. infra). Pourtant, en sens inverse, le droit français exige encore impérativement au moins sept contractants pour la constitution d'une société anonyme (L225-1 C. com.). L'appel public à l'épargne – désormais offre au public – pose aussi des problèmes certains en ce qui concerne la notion même d'échange de consentements entre actionnaires dans la souscription d'actions<sup>202</sup>. Les deux autres notions fondamentales du droit commun des contrats, l'objet de l'obligation et la cause (art. 1108, 1126- 1133 C.civ.), étroitement liées au contrôle de conformité du contrat par rapport à l'ordre public général, sont pour une grande partie éclipsées par la notion sui generis d'objet social. Ce dernier est défini comme le spectre de l'activité que la société se propose statutairement, en vue de faire des bénéfices ou de réaliser des économies<sup>203</sup>. Bien sûr, l'objet de l'obligation de chaque associé – son apport – doit impérativement être déterminé, existant (au sens d'avoir une valeur patrimoniale) et licite<sup>204</sup>. Mais en plus l'objet social doit lui aussi être déterminé dans les statuts, même très largement – exigence d'ordre public sociétaire avec des conséquences pour les pouvoirs des organes sociaux, notamment dans les sociétés à risques illimités – et licite, à savoir conforme à l'ordre public politique et économique général (art. 1833)<sup>205</sup>. L'objet social illicite – contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs – le plus souvent non inscrit dans les statuts, absorbe largement le rôle de la cause subjective illicite comme vice

---

qualifiés de sociétés créées de fait il n'y avait pas, semble-t-il, vraiment volonté d'engagement juridique des parties avant la rupture de leurs relations, et on pourrait en plus se demander en quoi diffèreraient une société créée de fait réunissant les éléments du contrat de société de la société en participation (v. infra) conclue tacitement. V. F-X Lucas « La société dite « créée de fait », Mél. Y. Guyon, Dalloz 2003, p. 737.

<sup>202</sup> P. Didier « Le consentement sans l'échange: le contrat de société », R.j.com 1995, n<sup>o</sup> spécial novembre 1995, p. 74. Le droit français traite la constitution avec appel public à l'épargne (aujourd'hui offre au public – v. infra) comme la procédure de droit commun de constitution des SA (art. L 225-2 suiv. C. com.), tandis que la constitution sans offre au public se présente comme le régime spécial (art. L 225-12 suiv. C. com.). Toutefois, en réalité la constitution avec offre au public est de nos jours particulièrement rare, à cause de la complexité de son régime juridique ; sur le droit actuel de constitution des SA françaises v. M. Germain - V. Magnier « Traité de droit commercial » de G. Ripert - R. Roblot, t. 1, v. 2, n<sup>os</sup> 1399 suiv.

<sup>203</sup> Sur l'objet social v. Y. Chaput « L'objet social », Répertoire sociétés Dalloz, du même in Mélanges Stoufflet, Litec 2001, p. 25.

<sup>204</sup> H. Blaise, op. cit.

<sup>205</sup> Comp. avec la clause –largement permise et souvent légalement présumée– de « every lawful business » en droit américain.

du contrat de société. Mais la cause subjective peut continuer de jouer dans certains cas – notamment de fraude – un rôle autonome par rapport à l’objet social dans le contrôle de la conformité du contrat de société avec l’ordre public<sup>206</sup>. Pour ce qui concerne la forme du contrat, l’article 1835 C.civ. impose la forme écrite pour le contrat de société en général - acte notarié ou acte sous seing privé -, en prévoyant aussi les éléments obligatoires de ce contrat devant être précisés dans l’écrit –sauf pour la société en participation (1871 à 1872-2 C.civ. –v. infra)<sup>207</sup>. Il s’agit d’une forme imposée par l’ordre public sociétaire à la fois comme modalité de preuve du contrat, comme moyen de protection de consentement des associés et comme instrument de publicité de la société<sup>208</sup>. Il est à noter que pour le droit français l’acte juridique constituant la société et la dotation de cette dernière avec des normes de fonctionnement sont réputées un contrat unique, qualifié indistinctement de statuts ou pacte social<sup>209</sup> (sur les effets des statuts sur les actes juridiques conclus entre particuliers *ratione societatis* notamment dans le cadre de montages v. infra Partie II). En tout cas, aujourd’hui, si la société est d’abord pour le droit français un contrat, elle n’est pas qu’un contrat (ce qui est suggéré par la rédaction même de l’al. 1 de l’art. 1832, selon lequel la société est « instituée » par un contrat), et en plus on pourrait difficilement soutenir que dans les formes sociétaires juridiquement développées la société est principalement un contrat (v. infra).

### **Le caractère principalement contractuel des sociétés de personnes en droit grec**

---

<sup>206</sup> Ph. Merle « Droit commercial. Sociétés commerciales », Précis Dalloz, 11e édition (avec A. Fauchon), n° 55. La question de la cause du contrat de société est débattue dans la doctrine française. Selon l’opinion dominante, la cause de la société doit être distinguée de l’objet social, sauf dans le cas de l’objet illicite qui devient la cause subjective de la société (Y.Chaput « De l’objet social dans les sociétés commerciales », thèse Clermont, p.16-22). Pour certains auteurs français, la cause de la société est normalement l’intention des associés de s’enrichir (M.Coizan-A.Viandier-Fl.Deboissy no 105), pour d’autres c’est l’*affectio societatis* (Ch.Cutajar-Rivière « La société-écran », LGDJ 1998, n°306), pour d’autres l’intérêt commun des associés (V.Cuisinier op cit, n°585). Sur l’ensemble de la question de la cause en droit français et plus particulièrement dans ses relations avec le phénomène des montages sociétaires v. infra Chapitre II.

<sup>207</sup> Les associés ont le choix entre ces deux formes d’écrit, sauf s’il y a apport d’un bien pour l’opposabilité de la transmission duquel il y a système de publicité obligatoire à la conservation des hypothèques, cas dans lequel la forme notariée est impérative. Sur la forme du contrat de société et ses éléments obligatoires v. Ph. Merle, op. cit., no 58.

<sup>208</sup> Sur la nature de la forme exigée pour les sociétés par le droit français v. P. Didier, t. 2, p. 140, 141.

<sup>209</sup> Une conception qui ne se retrouve pas par exemple en droit anglais ou en droit américain, distinguant respectivement pour les « companies » et « corporations » entre « memorandum » et « articles », « articles of incorporation » et « bylaws »- v. Gower-Davis “Principles of modern company law”, Thomson Sweet and Maxwell, 7e édition (par P. Davis), p. 65 suiv., 75 suiv., R. W. Hamilton-R.-A. Booth « Corporations », Thomson-West, 5<sup>e</sup> ed., p. 351 suiv.

Les choses sont assez différentes en droit grec, car le « dualisme » du droit grec des sociétés et de son ordre public apparaissent clairement si on les aborde du point de vue de la catégorie du contrat. Les sociétés de personnes du droit grec, ayant leur droit commun dans les articles 741-784 AK sur la société civile, sont ainsi traditionnellement principalement des contrats créant des obligations conclus *intuitu personae*, caractérisés impérativement par la pluralité d'associés, la pluralité d'apports, les obligations réciproques entre associés de poursuite d'un but commun (but économique de nature civile dans la fonction de référence de la société civile, but commercial et lucratif dans les sociétés de personnes commerciales)<sup>210</sup>. Ces éléments essentiels du contrat de société de l'AK ne sont pas laissés à la libre disposition des particuliers et forment ainsi un noyau d'ordre public sociétaire pour les sociétés de personnes : les particuliers ne peuvent pas conclure un contrat de société régulier sans l'un de ses éléments essentiels, ni qualifier de société un contrat qui réunirait d'autres éléments essentiels ou l'inverse. On peut toutefois rencontrer des zones d'incertitude ou même de chevauchement, notamment entre société et indivision, les limites entre ces deux rapports juridiques étant peut-être encore plus floues qu'en droit français, à cause de la définition très large de la société dans l'art 741 AK . La notion d'apport de l'art. 742 AK est plus largement conçue qu'en droit français, pouvant avoir comme objet – outre les apports en numéraire, en nature ou en industrie - toute forme de prestation, les associés étant d'ailleurs seuls juges de la valeur de l'apport pour eux, avec comme limites d'ordre public les bonnes mœurs et la bonne foi (v. *infra*)<sup>211</sup>. Mais c'est la poursuite d'un but commun, conçue comme coopération égalitaire de participation à la poursuite de ce but, avec constitution d'une communauté de décision et de risque (ainsi que

---

<sup>210</sup> Sur ce caractère contractuel des sociétés de personnes du droit grec v. (en grec), Ap. Georgiadis « Droit des obligations. Partie spéciale », P. N. Sakkoulas 2007, t. 2, p. 711 suiv., M. Minoudis, commentaire des articles 741 suiv. AK in Astikos Kodikas, (commentaire par article) sous la direction d'Ap. Georgiadis-M. Stathopoulos, éd. P. N. Sakkoula, 1982, t. 4 p. 1 suiv. Sur la distinction du droit grec entre contrats créant des obligations et contrats avec effet réel et ses conséquences v. *infra* Chapitre II.

<sup>211</sup> Sur la nécessité de promesse d'apport pour chaque associé exigée par la jurisprudence grecque v. Epheteio (Cour d'appel) Crète 286/1972, E.Emp. D 1973, p. 202, Monomeles Protodikeio (TI) Athènes 14105/1997, E.Emp.D 1998, p. 69. Toutefois, pour une partie importante de la doctrine grecque la promesse d'un apport avec valeur patrimoniale par tout associé n'est pas de droit impératif dans les sociétés de personnes à cause de la responsabilité impérative illimitée des associés pour les dettes sociales, les coassociés pouvant ainsi en dispenser l'un d'entre eux. V. en ce sens V. Antonopoulos op. cit. p.111, N. Rokas op. cit. p. 47, Sp. Psychomanis « La constitution de la société en nom collectif » (en grec) in « Droit des sociétés de personnes » (dir. N. Rokas), Nomiki Vivliothiki, 2001, t. 1, p. 33. Sur l'apport à une société d'un contrat d'entreprise v. L. Georgapoulos (en grec) « La pratique contemporaine du droit commercial », éd. Frères P. Sakkoula, 1992, p. 123 suiv.

de résultats dans les sociétés à but économique) qui caractérise principalement le contrat de société de l'AK et le différencie d'autres contrats ou rapports juridiques (p.ex. contrats dits « de participation », indivision)<sup>212</sup>. Élément caractéristique du contrat de sociétés de personnes en droit grec et point de différence avec le droit français, la société de personnes grecque est caractérisée par l'existence d'un très fort lien contractuel entre associés tout au long de l'existence de la société, comme conséquence de l'obligation de poursuite d'un but commun. Il en résulte d'abord une obligation de loyauté particulièrement forte pour chaque associé de préserver les intérêts de la société et des autres associés et d'omettre toute action pouvant mettre en cause ces intérêts, obligation de contenu variable selon la particularité de chaque société et l'implication de l'associé dans la vie sociale et trouvant ses limites aux intérêts légitimes extra-sociétaires de l'associé. L'obligation de loyauté a des aspects négatifs (de ne pas faire – ainsi expressément 747 AK, article sans pareil quant à son étendue dans les autres droits), mais aussi positifs (de faire tout ce qui est nécessaire pour l'accomplissement du but social); des aménagements conventionnels de cette obligation sont licites, avec comme limite d'ordre public sociétaire la non-annihilation de l'obligation des associés de poursuivre le but commun<sup>213</sup>. Il résulte aussi du lien contractuel entre associés le droit de chacun d'eux de demander à tout coassocié – à son nom, mais au profit de la société et dans le cas d'inertie du gérant – d'exécuter ses obligations à l'égard de la société (*actio pro socio*), un droit qui doit être qualifié dans son noyau d'ordre public sociétaire, comme élément indissociable de la notion des sociétés de personnes grecques<sup>214</sup>. On pourrait dire que c'est le but commun poursuivi par les associés avec ses conséquences juridiques (notamment la participation à la prise de décisions mais aussi

---

<sup>212</sup> Ainsi Th. Liakopoulos « De la société civile à la société de capitaux », éd. Sakkoula, p. 1 suiv., M. Stathopoulos (en grec) « La distinction entre indivision et société-des cas limites » (consultation), DEE - 1998, p. 1040, v. en ce sens Areios Pagos 44/1997, E. Emp.D. 1997, 717 (contrat de société et contrat de travail), Epheteio (Cour d'appel) de Patra 513/2003 Episk. ED 2003. 855 (la même question), Monomelès Protodikeio (Tribunal d'Instance) d'Athènes 14105/1997, E.Emp. D. 1998, 69 (société et indivision). Selon une opinion qui semble dominante, le contrat de société ne se présume pas, le doute quant à la qualification entre indivision et société jouant par conséquent contre la qualification de société- v. en ce sens M. Stathopoulos *ibid.*, Ap. Georgiadis, *op. cit.*, p. 716, sur le fondement de la pensée que le doute doit être résolu en faveur du rapport juridique le moins contraignant pour les parties.

<sup>213</sup> L'art. 747 AK prévoit que l'associé n'a pas le droit d'effectuer pour son compte personnel ou pour le compte d'un tiers des actes contraires à l'intérêt de la société. Parmi les obligations de ne pas faire, on doit d'abord considérer les obligations de non-concurrence et de confidentialité. Sur l'ensemble de la question v. V. Antonopoulos *op. cit.* p.143, N. Rokas *op. cit.* p. 59, M.-Th. Marinos « Droits et obligations des associés en nom », in « Droit des sociétés de personnes » (dir. N. Rokas), Nomiki Vivliothiki, t. 1, p. 72, suiv. 91 suiv. La formulation de l'art 747 AK est plus large que celle du paragraphe 708 du BGB allemand. V. Mon. Prot. (TI) Pirée 136/1995, DEE 1995, p. 750, sur le « noyau dur » d'ordre public sociétaire de la notion.

<sup>214</sup> Sur l'*actio pro socio* v. M.-Th. Marinos, *op. cit.*, p. 113 suiv.

l'obligation de loyauté) qui englobe et même dépasse en droit grec des sociétés de personnes l' « affectio societatis » du droit français comme fondement de l'ordre public sociétaire de ces types sociaux. Au-delà des exigences d'ordre public sociétaire au sens strict, le contrat de société de personnes du droit grec doit bien sûr être conforme à l'ordre public général – politique et économique – grec. Cela concerne d'abord l'objet social, qui doit non seulement préciser la nature de l'activité de la société (étant donné que la société civile peut avoir un but non économique) et déterminer le spectre des activités que la société se propose d'effectuer, mais qui en plus doit être licite, à savoir conforme plus généralement à la loi et aux bonnes mœurs. Mais cette exigence de licéité concerne aussi les relations entre associés prévues par le contrat de société, des relations qui ne doivent pas constituer une atteinte aux bonnes mœurs (178 AK), notamment par des engagements excessifs de la liberté de leurs personnes (179 AK)<sup>215</sup>. Comme la société en participation du droit français, le contrat de la société de l'AK est en principe consensuel, pouvant être conclu même tacitement, n'étant pas ainsi soumis à une forme impérative –sauf si l'un des apports a comme objet un bien pour la transmission duquel la loi grecque impose une forme ad solemnitatem (p.ex. immeuble, navire). En dehors de ce dernier cas la forme est aussi obligatoire pour les sociétés de personnes destinées à acquérir la personnalité morale (société civile à but économique, si les associés le veulent, sociétés en nom et commandite simple – 784 AK, 249, 271 L4072/2012- ainsi généralement pour l'acte de constitution et les statuts des personnes morales art. 63 AK) ; est toutefois débattue la nature de cette forme comme ad solemnitatem ou ad probationem<sup>216</sup>. A la différence du droit français, qui ne connaît en principe que des sociétés obligatoirement à durée déterminée (1835, 1838 C.civ. – sauf la société en participation, qui peut être à durée indéterminée 1871, 1872-2 C.civ.), le droit grec reconnaît des sociétés de personnes de tout type à durée indéterminée (767 AK). La doctrine grecque qualifie le contrat de société de l'AK de contrat synallagmatique particulier et souligne sa spécificité par rapport aux autres contrats, en mettant en relief que le contrat de société de personnes peut, outre sa dimension de création de liens d'obligations entre associés, avoir une forte dimension organisationnelle, notamment si la société est destinée à acquérir la personnalité morale (durée, effets des statuts erga omnes,

---

<sup>215</sup> V. sur ces articles infra Chapitre II. Pour leur modèle allemand dans le paragraphe 138 BGB v. F. Ferrand, op. cit., n° 219 suiv., Cl. Witz, op. cit., n° 260.

<sup>216</sup> Sur le débat et ses enjeux, v. V. Antonopoulos op. cit. p. 80-81, Sp. Psychomanis, op. cit., p. 31-32. Sur les éléments obligatoires de l'écrit fondant une société en nom collectif et ceux auxquels la loi supplée v. S. Psychomanis, p. 32 suiv.



prévision d'organes sociaux, possibilité d'introduction du principe majoritaire)<sup>217</sup>. La particularité du contrat de société a notamment comme résultat pour les sociétés de personnes un régime dérogeant à celui applicable de droit commun aux contrats synallagmatiques quant aux sanctions de l'inexécution et de la mauvaise exécution des obligations des parties (v. note précédente) ainsi qu'un régime particulier de conséquences de sa nullité (v. infra). Toutefois, bien que contrats organisationnels particuliers, les sociétés de personnes du droit grec demeurent d'abord des contrats, en plus avec *intuitus personae*, conformément d'ailleurs à la conception traditionnelle (d'origine romaine) de la société. D'ailleurs, comme en droit français, outre certains principes et dispositions d'ordre public, les sociétés de personnes du droit grec sont largement laissées au domaine de la liberté contractuelle (statutaire), qui peut par exemple en principe introduire librement des obligations supplémentaires pour les associés, avec la limite générale des bonnes mœurs (v. désormais art. 252 L4072/2012, disposition sur les sociétés en nom mais applicable aussi aux commandites et sociétés civiles personnifiées, selon lequel les rapports entre associés sont régies par le contrat de société, confirmant le principe de la liberté contractuelle pour les relations internes des sociétés de personnes personnifiées). Mais il est d'autre part vrai que la réforme récente du droit grec des sociétés de personnes a renforcé sur certains points importants les éléments « institutionnels » des sociétés de personnes personnifiées ainsi que le rôle de l'ordre public sur ces points (v. infra sur la réforme quant aux pouvoirs de représentation des gérants de ces sociétés à l'égard des tiers).

### **Le caractère « corporatif » de la société anonyme en droit grec**

<sup>217</sup> Sur l'aspect synallagmatique particulier et l'aspect organisationnel des sociétés de personnes v. N. Rokas, op. cit., p. 50-51, Sp. Psychomanis op. cit. (sur la société en nom collectif), p. 40 suiv., V. Antonopoulos « Droit des sociétés de personnes », p. 14 suiv. Il y a synallagmatisme car chaque associé s'oblige parce que s'obligent aussi les autres. Toutefois, les prestations ne sont pas échangées entre les parties – comme c'est le cas dans le contrat synallagmatique classique – mais sont destinées à la poursuite d'un but commun, qu'on peut considérer comme la cause du contrat de société. V. en ce sens sur ce dernier point Chr.Philios (en grec) « La cause dans les conventions créatrices d'obligations », édition A.N.Sakkoula, n°166. Sur le caractère du contrat de société en général comme aussi contrat d'organisation distinguable du contrat simplement créateur d'obligations v. notamment (en grec) K.Pamboukis « Droit des sociétés. Partie générale », 1979, 2ème édition, p.63 suiv, avec des références au débat sur la nature du contrat de société initié en Allemagne par Otto von Gierke. Sur l' obligation de garantie de l'associé à l'égard de la société v. art. 744 AK, renvoyant à la garantie du vendeur pour l'apport en propriété et à la garantie du bailleur pour l'apport de l'usage et en industrie, disposition similaire de celle de l'art. 1843-3 al. 3,4 C. civ., la disposition grecque devant toutefois être réputée de droit supplétif. A la différence du droit français l'AK ne prévoit pas de dispositif de dispositif spécial pour les intérêts de la somme promise comme apport par un associé mais non libérée à temps, comme le fait l'art. 1843-3 al. 5 C. civ. V. sur toutes ces questions V. Antonopoulos, op. cit., p. 135 suiv.

Les choses sont traditionnellement très différentes en matière de sociétés de capitaux grecques et notamment de société anonyme (AE), et ce serait assez paradoxal de dire qu'en droit grec la société anonyme « est » un contrat (v. d'ailleurs supra sur la *summa divisio* acceptée en droit grec pour les groupements de personnes avec comme types de base le contrat de société de l'AK et l'association - *somateío*, « corporation »-, l'AE appartenant à la seconde catégorie). Bien sûr un contrat ou du moins un acte juridique collectif d'origine privé était traditionnellement nécessaire pour fonder une société anonyme en droit grec (v. toutefois infra sur la possibilité introduite en 2007 de constitution *ab initio* d'une AE unipersonnelle). Mais les différences avec le droit français sont importantes déjà en ce qui concerne les actes de constitution d'une AE pluripersonnelle et leur impératif : l'acte de constitution est ainsi réputé conceptuellement distinct des statuts, bien que contenu dans le même instrumentum, tous deux revêtant impérativement la forme notariée, forme *ad solemnitatem* et constituant ensemble le pacte social au sens large (63 AK, 4 § 1 L 2190 / 1920)<sup>218</sup>. D'ailleurs, pour une partie de la doctrine grecque, les statuts ne sont pas un contrat, mais un acte normatif d'origine privée, destiné à régir une organisation et à développer des effets même à l'égard de non-contractants<sup>219</sup>. Selon une autre opinion, qui semble dominante, les statuts de l'AE sont de nature contractuelle, mais au sens principalement du contrat d'organisation, visant à mettre en place un être juridique « corporatif » distinct de ses membres, pouvant exprimer une volonté par le biais de ses organes et poursuivre un but comme expression d'une collectivité. Selon cette même optique, dans le cas de l'AE le caractère organisationnel devient prépondérant par rapport à celui d'échange d'obligations réciproques entre les fondateurs<sup>220</sup>. La conséquence en est que les statuts de l'AE sont interprétés exclusivement objectivement, suivant ce que l'on peut légitimement comprendre selon la bonne foi et non, comme les contrats du droit commun, selon une combinaison des critères subjectif (recherche de la volonté réelle des parties au-delà des mots par eux utilisés) et objectif (art. 173, 200 AK), cette unicité du critère d'interprétation devant être considérée d'ordre public (v. toutefois infra sur la possibilité d'inclusion dans l'instrumentum des statuts de clauses n'étant pas de nature

---

<sup>218</sup> V. sur l'ensemble de la question E. Nissyraios in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 1, p. 355 suiv.

<sup>219</sup> V. ainsi V. Antonopoulos (en grec) « Droit des AE et EPE », éd. Sakkoula 2008, 2e édition, p. 27. Le résultat de cette conception « normative » est que les statuts font l'objet d'une interprétation objective, avec comme critère ce qu'imposent la bonne foi et la confiance des tiers, non la volonté réelle de leurs rédacteurs.

<sup>220</sup> Ainsi par exemple K.Pamboukis « Droit des sociétés » p.71, constatant que dans la société anonyme le rôle de chaque actionnaire pour la poursuite du but social est relativement petit. Selon une autre opinion proposée dans le passé, les statuts de l'AE seraient un acte collectif unilatéral. Voir sur ce débat (en grec) V.Georgakopoulos « Le droit des sociétés », t. 2, p.105 suiv.

organisationnel, mais concernant seulement les relations entre actionnaires, clauses qui sont réputées relever du droit commun des obligations et devant par conséquent être interprétées selon le droit commun). Comme en droit français, les statuts de l'AE doivent bien sûr être conformes à l'ordre public— celui général, notamment en ce qui concerne l'objet social, qui doit être conforme à la loi et aux bonnes mœurs, mais aussi celui du droit de sociétés anonymes, ainsi que contenir toutes les énonciations impérativement exigées par le droit des AE dans le but de l'individualisation de la société (art. 2, 5, 6 L 2190/1920)<sup>221</sup>. Comme en droit français, l'AE est selon l'opinion dominante impérativement de durée déterminée, les statuts devant fixer cette durée<sup>222</sup>. Les contrats de souscription au capital, contrats synallagmatiques particuliers, sont vus comme intellectuellement distincts de l'acte de constitution et des statuts, tout en étant réputés des actes juridiques nécessaires pour parfaire le pacte social au sens large. Si la société est constituée sans appel public à l'épargne, les fondateurs doivent impérativement souscrire l'intégralité du capital social dans le même instrumentum que les statuts, si la société est constituée avec appel public les souscriptions peuvent se faire postérieurement, par actes séparées sous seing privé, autrement dit sans la forme notariée obligatoire pour les statuts<sup>223</sup>. Mais ce qui différencie radicalement selon la conception dominante la société anonyme de la société de l'AK du point de vue du contrat est que dans la première, une fois immatriculée, aucun lien contractuel n'est reconnu entre actionnaires, à la différence des sociétés de personnes (v. supra), comme conséquence exactement du caractère « corporatif » de l'AE, et l'obligation de chaque actionnaire résultant du rapport juridique d'actionnaire est impérativement limitée à son apport, sans possibilité d'introduction statutaire d'obligations supplémentaires à ce rapport d'actionnaire<sup>224</sup>. Cette conception de la doctrine grecque se démarque fortement de

---

<sup>221</sup> Sur les éléments obligatoires et ceux qui peuvent être supplées par la loi dans le silence des statuts v. V. Antonopoulos, op. cit., p. 32 suiv. La doctrine grecque distingue dans les sociétés de capitaux entre le but social (etairikòs skopos) et l'objet de l'entreprise sociale. Le but social est la finalité de la société choisie par les actionnaires ou associés, avec choix entre but lucratif et non lucratif, car, comme nous l'avons vu, les sociétés de capitaux du droit grec peuvent théoriquement avoir, à la différence du droit français, un but non lucratif. L'objet de l'entreprise sociale est le cadre des 'activités d'entreprise que la société de capitaux va exercer pour poursuivre son but (v. en ce sens N. N.Rokas, op. cit., p. 220). Cette distinction prend chez certains auteurs une importance juridico-politique, visant à restaurer le caractère contractuel de la société anonyme, les actionnaires étant ceux qui déterminent la finalité de la société. V. sur cette question (en grec) Ch. Mastrokostas « L'étendue du pouvoir de représentation des organes d'administration de l'AE et de l'EPE », éd. Sakkoula 1995, Ap. Karagounidis in « Le droit de la société anonyme » (dir. E.Perakis), t. 1, p. 591 (note 245).

<sup>222</sup> V. N. Rokas, op. cit., p. 223.

<sup>223</sup> Sur l'obligation de souscription de l'intégralité du capital social dans le cadre d'une constitution sans appel public à l'épargne v. Areios Pagos 1530/2001, Chr. I. D. 2001, p. 918.

<sup>224</sup> Ainsi N. Rokas, op. cit., p. 178 suiv., 358 suiv. Sur l'obligation de garantie de l'actionnaire apporteur en nature il y a – à défaut de réglementation légale spéciale- application

l'effort de la doctrine française de comprendre toute société comme cas particulier du contrat de société de l'art. 1832 C.civ. La conception dominante veut de la sorte standardiser la relation de l'actionnaire avec la société anonyme, dans le but de promouvoir la sécurité juridique nécessaire pour attirer la concentration des capitaux et servir la mission de l'AE comme institution juridico-économique visant à cette concentration. Elle adoptait aussi traditionnellement une vision individualiste pour la position de l'actionnaire dans la société, en excluant ainsi expressément dans le passé l'exigence d'un quelconque lien horizontal de poursuite d'un but commun ou d'affectio societatis entre actionnaires –au delà de la participation de l'actionnaire au risque de son apport et de sa soumission au pouvoir majoritaire -comme élément du type légal de la société anonyme ; la conséquence en était la reconnaissance d'une latitude particulièrement importante de comportement individualiste de l'actionnaire par rapport à l'intérêt collectif de la société (v. pourtant supra sur l'existence d'un courant important tendant à voir dans la société anonyme une expression particulière de la notion de genre de société caractérisée par la poursuite d'un but commun)<sup>225</sup>. La société anonyme se profile ainsi plus généralement comme groupement de personnes avec une nature « corporative » (v. supra sur le sens du terme) ou comme institution juridico-économique visant au rassemblement des capitaux, être juridique très différent du contrat, les principes d'ordre public du droit des AE trouvant leur source dans cette nature « corporative », non aux éléments essentiels du contrat de société, comme en droit français. Toutefois, les dernières années gagnent du terrain la position selon laquelle une obligation de loyauté – de promouvoir l'intérêt de la société et d'éviter toute action qui pourrait le nuire -doit être reconnue entre l'actionnaire et la société mais aussi entre actionnaires, obligation variable selon la position de l'actionnaire dans la société, comme limite face aux comportements dommageables potentiels contre la société et les autres actionnaires, notamment à la charge de l'actionnaire de référence ou dominant, une obligation qu'on devrait considérer comme ayant un noyau d'ordre public sociétaire. Cette obligation de loyauté - de fondement juridique débattu - vient atténuer la vision traditionnelle individualiste

---

analogique de l'art. 12 (v. infra) et application d'aspects du droit commun de la vente, avec les restrictions résultant de la nature de l' AE et du rôle du capital social (v. infra)- v. V. Antonopoulos op. cit., p. 144 suiv. V. pourtant L. Kotsiris « Qualification de l'actionnaire comme coassocié... », consultation précitée, considérant que dans chaque type social il y a un lien sociétaire entre associés.

<sup>225</sup> V. ainsi (en grec) E. Perakis « Les engagements contractuels du droit de vote de l'actionnaire », thèse Athènes 1976, p. 24 suiv, N. Rokas « Les limites du pouvoir... », p. 1 suiv. Selon le Pr. Perakis, l'exigence dans la réalité d'AE avec affectio societatis entre actionnaires n'influence pas l'inexistence de liens d'affectio societatis et de poursuite d'un but commun entre les actionnaires dans le type légal de ces sociétés. V. par contre L. Kotsiris « Qualification de l'actionnaire... », consultation précitée, insistant sur la poursuite d'un but commun comme élément essentiel de tout type social.

de la position de l'actionnaire dans la société ainsi que la distinction absolue entre société de personnes et société anonyme, sans toutefois supprimer la différence de nature demeurant entre elles, l'autonomie juridique de l'AE par rapport à ses actionnaires étant beaucoup plus grande que celle des sociétés de personnes même personnifiées face à leurs associés (v. infra). On pourrait d'ailleurs considérer que la loyauté de l'actionnaire doit s'adresser principalement à l'entreprise sociétaire dont l'AE est la forme juridique (v. infra sur le débat)<sup>226</sup>. Des montages effectués soit par le biais de clauses statutaires, soit par le biais de pactes extra-statutaires jouent bien sûr, eux aussi, un rôle important dans l'attribution d'éléments « personnels » à la société anonyme grecque (v. infra Partie II sur la liberté statutaire et la liberté contractuelle plus généralement dans les différents montages avec comme objet les AE). D'autre part, la doctrine grecque est unanime sur le caractère en principe impératif du droit de l'AE, chose restreignant la liberté statutaire<sup>227</sup>. Problème se pose toutefois – comme en droit français – pour ce qui concerne la possibilité d'introduction de régulations statutaires supplémentaires avec effet erga omnes dans le silence de la loi<sup>228</sup>. La réforme du droit des AE opérée par la loi 3604/2007 s'est efforcée de donner une réponse partielle à ce problème, en adoptant expressément des cas de liberté statutaire déjà acceptés par la doctrine et la jurisprudence et en introduisant d'autres sujets pour lesquels la liberté statutaire est reconnue. Pourtant, elle n'est pas allée jusqu'à proclamer expressément la liberté contractuelle dans le silence de la loi impérative et de la sorte les

---

<sup>226</sup> Sur cette obligation de loyauté v. notamment (en grec) v. V. Antonopoulos op. cit. p.227 suiv., N. Rokas op. cit. p. 367 suiv., I. Markou, "Le devoir de loyauté dans la société anonyme "publique", EEmpD 2002, 1, N. Tellis, "L'obligation de loyauté de l'actionnaire et notamment de celui de minorité", Episk ED, p. 907, E. Karamanaku « L'obligation de loyauté des actionnaires », Nomiki Vivliothili 2013. Sur la relation entre l'obligation de loyauté et l'entreprise v. G. Triantafyllakis « L' intérêt de l'entreprise... », ouvrage précité, p. 293 suiv., du même "La responsabilité de l'actionnaire exerçant une influence sur la direction d'une société anonyme", Chr. I.D. 2003, p. 673. Selon le Pr. N. Rokas -op. cit., p. 369- avec l'acceptation d'une obligation de loyauté des actionnaires de l'AE « s'atténue la distinction stricte de provenance allemande entre société civile et groupements de personnes de structure corporative et se crée un rapprochement avec une notion unitaire de la société, comme en droit français ». Le fondement de l'obligation de loyauté de l'actionnaire peut être soit l'art. 288 AK sur l'obligation générale de bonne foi, soit l'art. 747 AK (v. supra), article exprimant pour une partie de la doctrine un principe général du droit des sociétés.

<sup>227</sup> V. par exemple L.Georgokopoulos « Le droit des sociétés » t.2, p.95 suiv, N.Rokas « Sociétés commerciales », p.176, écrivant de standardisation du rapport d'actionnaire dans le but de garantir la sécurité juridique.

<sup>228</sup> Sur cette question v. (en grec) S.Mousoulas « L'application du principe de l'autonomie de la volonté en droit de la société anonyme », El. D/ni 1995 p.167 suiv, E.Perakis "Aménagements statutaires de la société anonyme", DEE 2004, p.371. Selon ce dernier auteur, le droit français et le droit grec partagent le même embarras en matière de clauses statutaires dans le silence de la loi.

incertitudes en la matière demeurent<sup>229</sup>. D'ailleurs, comme en droit français, ce qui est souvent plus difficile est la question de la conformité d'une clause statutaire avec les principes d'ordre public « virtuel » en matière des AE, difficulté qui demeurera même si l'on reconnaît que les statuts sont en principe libres dans le silence des dispositions impératives expresses. Quant à la SARL du droit grec (EPE), sa constitution nécessitait traditionnellement un contrat, devant impérativement revêtir la forme notariée et être impérativement constituée à durée déterminée (art. 6 L3190/1955, avec les éléments obligatoires des statuts). En plus, la loi accepte largement la liberté statutaire dans les EPE - sous réserve bien sûr des dispositions d'ordre public (art. 6 par. 3 concernant les pactes supplémentaires entre associés, notamment la prévision d'obligations supplémentaires) et une obligation de loyauté est admise à la charge des associés à l'égard de la société et entre eux. L'imperatif légal est d'ailleurs moins développé dans les EPE que dans les AE. Si l'EPE est réputée maintenir certains éléments des sociétés de personnes, elle ne peut pas toutefois elle-même être réduite à la catégorie juridique du contrat, car elle est destinée à acquérir la personnalité morale « parfaite » (v. infra) ainsi qu'une autonomie juridique par rapport aux associés, étant une société de capitaux, même de type « atténué »<sup>230</sup>. Pour ce qui concerne l'IKE (société privée de capitaux) introduite en 2012, cette dernière combine des éléments de sociétés de capitaux et de sociétés de personnes, étant d'ailleurs largement laissée au domaine de la liberté contractuelle, qui peut renforcer l'élément personnel (v. not. art. 50 par.2 L 4072/2012, prévoyant la licéité de principe des accords supplémentaires des associés contenus dans les statuts). Quant à la forme de l'acte de constitution et des statuts, la loi a essentiellement repris pour cette forme sociale les solutions retenues en matière des sociétés de personnes (v. supra- art. 49 L4072/2012) ; la loi a d'ailleurs prévu qu'à défaut de fixation de la durée de la société dans les statuts, cette

---

<sup>229</sup> Selon la typologie du Pr. E.Perakis – qui a été le président de la commission ayant préparé le projet de réforme – le nouveau droit grec de la société anonyme offre aux particuliers des cas d'« options » (les statuts pouvant dans certains cas opter entre l'introduction ou non d'une régulation complémentaire), des cas de soumission facultative (les statuts pouvant dans ces cas décider l'application d'une régulation prévue par la loi-« opt-in »), des cas de dérogations (les statuts peuvent prévoir l'exclusion de l'application de certaines dispositions autrement applicables-« opt-out »). « Le nouveau droit... », p.41. Les techniques d' « opt-in » et d' « opt-out » sont d'inspiration américaine. V. du même auteur sur le même sujet Episk.ED 2008, p.317. V. toutefois les doutes du Pr. N.Rokas sur l'étendue de la liberté statutaire après la réforme op. cit. p.228.

<sup>230</sup> V. E. Perakis « Introduction » in « Droit de l'EPE » (en grec-sous sa direction), Nomiki Vivliothiki 1994, p. 27. Sur l'obligation de loyauté dans le cadre de l'EPE, v. ibid les commentaires des art. 12 (droit de vote), par I. Markou, n<sup>os</sup> 56, 58, art. 33 (sortie et exclusion de l'associé) par I. Soufleros, n<sup>os</sup> 32 suiv., art. 34 (droit d'informations n<sup>os</sup> 30 suiv.) Pour un caractère mixte de l' EPE, combinant des éléments de société de capitaux et de société de personnes, avec comme conséquence l'application supplémentaire selon le cas soit des dispositions sur l'AE soit celles sur la société civile v. V. Antonopoulos, op. cit, p. 516.

dernière est de douze ans (art.46). Comme pour les EPE, le caractère plus supplétif et personnel des IKE ne suffit pas pour les rendre de simples contrats, étant donné qu'elles sont destinées à acquérir la personnalité morale « parfaite » et maintiennent un aspect de société de capitaux (v. d'ailleurs infra sur la possibilité de constitution de ces formes sociales comme unipersonnelles, autrement dit non contractuelles)<sup>231</sup>.

### **La théorie des types comme moyen de contrôle de la liberté statutaire en droit grec**

Même si l'on adhère à une vision contractualiste de la société, la liberté contractuelle en matière de sociétés n'est pas illimitée, ne serait-ce que pour des raisons de cohérence des « types » contractuels proposés par la loi ; on ne doit pas ainsi méconnaître que la loi façonne des types de sociétés avec une cohérence interne que les parties ne peuvent pas disloquer en ayant recours aux marges de droit supplétif que la loi leur laisse. Selon la théorie plus générale des types des contrats, de provenance allemande et présentée en Grèce par le Pr. L. Kotsiris, théorie ayant une influence certaine dans la doctrine grecque, la liberté contractuelle trouve ses limites non seulement dans les dispositions impératives expresses de la loi, mais aussi dans une utilisation du droit supplétif conduisant à un écart important par rapport au « type » du contrat que le droit a façonné, dans la mesure où ce « type » exprime des principes de justice et des pensées fondamentales d'ordre adoptés par le législateur<sup>232</sup>. En transposant ces pensées en droit des sociétés, on peut considérer que les principes généraux de ce droit – notamment ceux servant la sécurité des transactions, la protection des créanciers et le lien entre le pouvoir et la responsabilité – sont des limites supplémentaires, en dehors des dispositions impératives expresses, à l'autonomie de la volonté en matière sociétaire<sup>233</sup>. L'intérêt de ces considérations pour le contrôle des montages tendant à des formes sociétaires atypiques est évident. Le droit français n'utilise pas en ce sens une pareille théorie des types en matière de sociétés – toutefois, la

---

231 V. Antonopoulos « Société privée de capitaux (IKE) – Interprétation par article de la loi 4072/2012 », éd. Sakkoula 2013, 3<sup>e</sup> édition, E. Perakis « IKE [Société privée de capitaux]- La nouvelle forme sociale », Nomiki Vivliothiki 2012, G. Sotiropoulos « Société privée de capitaux », Episk.E.D., p. 1 suiv.

232 V. l'article du Pr. L.Kotsiris (en grec) « Le principe de la liberté contractuelle dans les types sociétaires », EEN 1961, p.816. V. infra, Chapitre II sur les limites de la liberté contractuelle résultant de la notion de bonnes moeurs quant à la possibilité des particuliers d'écarter l'application de règles même de droit supplétif.

233 L.Kotsiris op. cit., p.823 suiv. Contra toutefois E.Perakis « Les aménagements ... », article précité, p.18.

problématique de l'ordre public sociétaire « virtuel » n'est pas au fond très loin de ce que la théorie des types s'efforce d'exprimer<sup>234</sup>.

### **Les limites de la conception contractuelle de la société comme noyau de l'ordre public sociétaire face à la réalité de la société–entreprise**

Plus généralement, la réalité juridico-économique de la vie des sociétés, typiquement des formes juridiques de financement et de gouvernance de l'entreprise privée, pose des limites à la compréhension de la société exclusivement comme contrat, du moins en ce qui concerne les entreprises importantes, destinées à acquérir une autonomie juridique par rapport à leurs fondateurs. La question est relative à celle de l'étendue souhaitable de l'impératif en matière de sociétés, sans s'y identifier. Le contrat – qui d'ailleurs peut être plus ou moins réglementé – est une relation juridique fondée sur l'échange de consentements entre personnes et caractérisé typiquement par la naissance d'obligations et /ou le transfert de biens entre les contractants. Mais l'entreprise en société dépasse largement le contrat, du moins dans ses formes les plus développées : destinée dans ces cas à acquérir la personnalité morale « parfaite » (v. infra) et la capacité de contracter ainsi qu'un patrimoine propre, elle est porteuse d'un intérêt juridiquement protégé même à l'égard des associés, qui ne peuvent disposer librement de son actif. Ensuite, une fois une telle société constituée, l'essentiel n'est plus dans les obligations et les échanges de biens interindividuels entre associés, mais dans l'organisation d'un pouvoir et le fonctionnement juridique de l'organisme sociétaire, dans lequel l'associé a des droits de participation. En outre, l'entreprise en société est destinée à durer dans le temps, dans le changement de ses membres pour ses formes les plus développées, la participation dans la société constituant ainsi dans ces cas plus un bien qu'un lien contractuel d'intuitu personae. D'ailleurs, la réalité de l'exercice du contrôle par seulement certains associés ou actionnaires dans la plupart des sociétés importantes a depuis longtemps mis en épreuve la vision traditionnelle contractuelle de la société, car la concentration du contrôle et du pouvoir entre seulement certaines mains dément le postulat d'égalité contractuelle entre associés-contractants. Surtout, l'entreprise comme organisation mise en place par le biais de la société échappe dans une large mesure à ses fondateurs, en impliquant des intérêts des tiers au contrat de société (dont certains deviennent parties prenantes de l'entreprise –

---

<sup>234</sup> V. toutefois J.Rochfield « Cause », Répertoire civil Dalloz, no 54, sur l'utilisation du « type » du contrat en droit des obligations, D.Bureau « L'altération des types sociétaires », in Mélanges P.Didier, Economica 2008, p.57 suiv. On peut d'ailleurs rapprocher de la théorie des types celle des « connexions radicales » proposées comme limites à la liberté contractuelle en droit des sociétés par le Pr. S.Schiller dans sa thèse « Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés. Les connexions radicales », LGDJ 2003, préface Fr.Terré.



notamment les salariés) mais aussi souvent l'intérêt général, et tend à développer en tant qu'organisation un intérêt propre à la vie et au développement, de manière très différente du contrat typique, qui principalement instaure un lien d'obligation ou opère un transfert patrimonial entre les contractants. Se pose par conséquent le problème des finalités de l'entreprise et de sa forme de gouvernance, la société, qui ne peut être vue – du moins pour les entreprises importantes – comme exclusivement une affaire de contractants associés (v. infra). Le caractère privé et capitaliste traditionnel de l'entreprise et de sa forme juridique, la société, présente ainsi dans les faits une relation de coexistence mais aussi de concurrence avec les dimensions organisationnelle et sociale de l'entreprise. Les enjeux juridico-politiques de ce constat sont de lege ferenda majeurs<sup>235</sup>. Même de lege lata, c'est la réalité « organisationnelle » de la société-entreprise qui explique dans une large mesure le caractère principalement « organisationnel » de l'AE grecque (et, dans un moindre degré, de l'EPE), mais aussi l'introduction expresse de la notion d'entreprise dans la définition de la société du droit français et le caractère mixte des sociétés –contractuel et institutionnel-reconnu par la doctrine dominante française, caractère variable vers l'un ou l'autre de ces deux « extrêmes » selon le type social<sup>236</sup>. C'est ce même caractère qui explique l'organisation impérative du pouvoir dans les sociétés de capitaux, notamment pour ce qui concerne les relations avec les tiers, avec l'introduction d'organes pouvant engager la société même en dehors de l'objet social, dispositif ne pouvant pas être intégré dans la conception contractuelle de la société (v. infra). D'autre part, et à sens inverse, bien qu'on considère souvent que les montages s'inscrivent dans un processus de recontractualisation des sociétés, des montages sociétaires instrumentalisant les sociétés au profit d'une seule personne et leur reconnaissance ou tolérance par le droit refutent souvent dans les faits la conception de la société comme contrat et celle de l'ordre public sociétaire fondé sur les éléments essentiels du contrat de société (v. infra, Partie II de notre étude). On ne doit pas confondre par ailleurs la nature juridique de la société comme contrat avec les progrès de l'autonomie privée en droit des sociétés et le recul de l'impératif, des progrès liés en droit français notamment à la forme sociétaire de la société simplifiée par actions (SAS) et en droit grec –à moindre degré- à la réforme de 2007 du droit des sociétés anonymes et à l'

---

<sup>235</sup> Bien sûr, le contrat typique emporte souvent des effets erga omnes, notamment quand il opère transfert ou constitution d'un droit réel. Il peut aussi intéresser les tiers – les ayant cause potentiels et les créanciers des parties – mais aussi le fisc ou l'intérêt général. Toutefois, l'effet principal du contrat classique concerne les relations entre les contractants. Par contre, le contrat de société aboutit souvent à la création d'une organisation dont le fonctionnement implique des intérêts des tiers aux contractants et l'intérêt général dans une mesure incomparable avec le contrat commun.

<sup>236</sup> Ainsi par exemple M. Cozian - A. Viandier - Fl. Deboissy, op. cit., n° 14, Ph. Merle, op. cit., n° 23.

introduction de l'IKE en 2012 : davantage de liberté statutaire dans ses relations internes ne signifie pas que la société par actions devienne en tant que phénomène juridique un simple contrat, de sorte que parler de « recontractualisation » des sociétés est peut-être quelque peu abusif<sup>237</sup>. En outre, promettre un paradis contractuel en matière de sociétés-formes juridiques d'entreprises importantes est utopique, car les besoins de gouvernance

---

<sup>237</sup> En France, le débat sur l'élargissement du supplétif en matière des sociétés se présente souvent comme étroitement lié avec celui sur la qualification de la société comme contrat ou institution, la théorie contractualiste de la société étant invoquée en faveur du recul de l'impératif sociétaire ou, inversement, le recul de l'impératif étant invoqué en faveur du caractère contractuel des sociétés. V. sur ces questions A.Couret « Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés », *Rev. soc.* 1984, p.243, P.Didier « Théorie économique et le droit des sociétés », *Mélanges A.Sayag* p.227, J.Mestre « La société est bien encore un contrat spécial », in *Mélanges M. Jeantin*. Toutefois, en parlant strictement, il semble qu'il s'agisse de deux débats différents. Ainsi, comme nous l'avons déjà remarqué, un contrat peut être très réglementé, la liberté contractuelle étant même réduite au seul choix de « laisser ou prendre », sans toutefois changement de sa nature juridique. D'ailleurs, il ne semble pas que dans l'esprit des initiateurs de la théorie de l'institution (M.Hauriou, G. Renard) cette dernière – conçue comme organisation servant une oeuvre et destinée à durer, les intérêts des membres étant soumis à l'oeuvre commune – ait été conceptuellement liée à l'intervention impérative légale dans l'organisation en cause. En faveur de la théorie contractualiste sur les sociétés on invoque parfois la théorie américaine – influente ces dernières décennies – de la « corporation » comme fiction légale facilitant la conclusion d'un « nœud de contrats » bilatéraux, permettant la coordination du travail en équipe, avec les actionnaires comme « créanciers de dernier rang » du produit de l'équipe. Cette théorie est hostile à l'intervention de l'impératif légal dans les sociétés et donne essentiellement une priorité absolue dans l'entreprise aux intérêts des actionnaires, en focalisant sur leur protection face aux agissements de leurs « mandataires »- les dirigeants sociaux, mais aussi les salariés. Mais la théorie du « nœud de contrats » – de provenance d'économistes de l'école de Chicago et organiquement liée à la « révolution conservatrice » américaine – utilise très librement les notions juridiques et vise à une explication économique, non juridique, des sociétés. Ainsi, elle ne s'intéresse pas vraiment à la particularité du contrat de société par rapport aux autres contrats ou à la problématique de la personnalité morale. A la différence de la tradition française, elle semble considérer la société elle-même plutôt comme une fiction commode qu'un contrat entre associés marqué par l'*affectio societatis*. La théorie en cause est attachée à l'individualisme méthodologique et vise à expliquer et à justifier l'entreprise capitaliste comme produit de relations contractuelles libres entre individus égaux, chacun poursuivant son intérêt égoïste, relations pouvant aboutir au maximum de satisfaction pour tous ; elle nie par conséquent la problématique particulière aux organisations ainsi que l'existence du phénomène du pouvoir économique (en dehors de relations de mandat) et le problème des finalités de ce pouvoir et refuse toute particularité au contrat du travail, qu'elle compare à celui entre ... un épiciers et son client. Sur la théorie du « nœud de contrats », v. l'article fondateur des A.Alchian-H.Demsetz « Production, information costs and economic organisation », *American Economic*, vol. 62, 1972 et pour sa critique B.Corjat-O.Weinstein « Les nouvelles théories de l'entreprise », K.Greenfield « The Failure of Corporate Law. Fundamental Flaws and Progressive Possibilities », *The University of Chicago Press*, 2006. En tout cas, la théorie du « nexus of contracts » est seulement une des théories proposées pour l'explication des « corporations », la tradition juridique américaine voyant ces dernières non comme contrats, mais comme « legal entities » ; d'ailleurs, en droit américain les « articles of incorporation » eux-mêmes ne sont pas vus comme contrat entre actionnaires, la nature juridique des « bylaws » est débattue et la problématique des défauts des « corporations » comme contrats semble inexistante. V. R. Hamilton-R.A, Booth «Corporations», Thomson-West, 5e ed. p. 327 suiv.

économique exprimés dans ces sociétés (protection des créanciers, de la confiance du public, contrôle sur ceux qui exercent le pouvoir, lien entre le pouvoir, le risque et la responsabilité, maintien des équilibres entre les parties constituant l'entreprise) imposeront toujours une intervention de l'ordre public dans certains domaines cruciaux de la vie sociétaire<sup>238</sup>. D'ailleurs, la mondialisation de l'économie ne devrait pas aboutir – au nom de la compétition internationale entre ordres juridiques – à l'effritement de ces garanties de bonne gouvernance économique par un effet de “race to the bottom” de déréglementation irréfléchie du droit des sociétés<sup>239</sup>.

### **Les sociétés unipersonnelles, atteinte certaine à la conception contractuelle des sociétés et de l'ordre public sociétaire**

Le caractère dans l'un ou l'autre degré impérativement contractuel des sociétés est en plus en voie de dépassement à cause d'un autre phénomène juridique important de notre époque, à savoir la reconnaissance et l'expansion de sociétés unipersonnelles (1832 al. 2 C.civ.). Le droit français était assez libéral à l'égard des sociétés devenues unipersonnelles, en ne les considérant pas comme dissoutes de plein droit (art. 1844-5 C.civ, aujourd'hui de droit commun pour toutes les sociétés ne pouvant être constituées comme unipersonnelles). En 1985, il a franchi toutefois un pas décisif avec la loi du 11 juillet 1985, en reconnaissant l'EUURL, sorte de SARL constituée comme unipersonnelle (aujourd'hui L 223-1 C.com.). D'autres formes de sociétés unipersonnelles ont été offertes aux particuliers, avec comme plus importante entre elles la SASU (SAS unipersonnelle – L 227-1 C.com.). Les causes des progrès des sociétés unipersonnelles, en rupture avec la tradition française, sont d'abord l'influence de la conception de la société comme technique juridique d'organisation de l'entreprise (l'entrepreneur pouvant être non collectif mais unipersonnel, cette théorie

---

<sup>238</sup> Dans un ouvrage particulièrement influent, deux juristes américains de l'école de Chicago, MM F.H.Easterbrook et D.R.Fischel, soutiennent que l'intervention impérative légale dans les structures des sociétés par actions dans le but de la protection des actionnaires est pratiquement inutile : d'abord les particuliers sont parfaitement rationnels et informés, et le prix qu'ils sont prêts à payer pour l'acquisition des actions sur le marché intègre nécessairement leur appréciation correcte sur la mauvaise qualité éventuelle de la structure juridique en cause offrant les actions ; ensuite, la compétition entre différentes structures juridiques va finalement et nécessairement aboutir à la survie sur le marché des meilleures structures (F.H.Easterbrook- D.R.Fischel « The Economic Structure of Corporate Law », Harvard University Press 1991). Ces arguments sont fondés sur une vision idéalisée et irréaliste des choses (l'homo economicus parfaitement rationnel et informé) et sous-estiment le rôle de la confiance dans la vie économique, une confiance qui souvent ne naît pas spontanément et a besoin d'intervention juridique impérative ; ils sous-estiment aussi la possibilité que le marché n'établisse des “équilibres” économiquement et socialement non souhaitables.

<sup>239</sup> Comp. A.Martin-Serf « L'instrumentalisation du droit des sociétés », article précité, invoquant le jeu d'un mécanisme de «darwinisme juridique» entre ordres juridiques nationaux à cause de la compétition internationale.

considérant que celui-ci a un intérêt légitime de bénéficier des avantages de la technique sociétaire pour son entreprise), mais aussi les montages sociétaires instrumentalisant la forme sociétaire pour loger une entreprise essentiellement individuelle, une réalité dont le législateur français ne pourrait que tenir compte. Ainsi, si le caractère de principe de la société comme contrat demeure, les exceptions apportées par le droit français sont importantes<sup>240</sup>. La société n'est plus de la sorte en droit français toujours un contrat – mais dès qu'on choisit un type de société qui demeure obligatoirement pluripersonnelle et ne peut être fondée que comme contrat, on doit respecter les exigences d'ordre public sociétaire en découlant (p.ex. ne pas constituer une société fictive ou sans apport par tout associé)<sup>241</sup>. D'autre part, en droit grec la société de personnes constituée comme ou devenue unipersonnelle était inconcevable, à cause du caractère largement contractuel de ces sociétés ; mais la réforme du droit grec des sociétés de personnes en 2012 a prévu que le fait pour une société de personnes personnifiée de devenir unipersonnelle n'est pas une cause de dissolution ipso facto, la société devant être régularisée dans un délai de deux mois (art. 267 L4072/2012), dispositif qui atténue la conception antérieure, en acceptant temporairement, comme le droit français, une société de personnes unipersonnelle, évidemment dans le but de donner une chance de survie à l'entreprise sociétaire. Le droit grec était par contre traditionnellement libéral quant aux sociétés de capitaux devenues unipersonnelles durant leur fonctionnement. En plus, la doctrine tendait à considérer comme acceptable le montage de la constitution de sociétés de capitaux par un maître de l'affaire et

---

<sup>240</sup> Sur les sociétés unipersonnelles et les problèmes conceptuels qu'elles posent v. P. Didier, t. 2, p. 28, Ph. Merle, n° 232 suiv. Sur la perspective d'une SNC unipersonnelle v. P. Didier, t. 1, n° 265 (éd. Economica). Outre l' EURL et la SASU le droit français reconnaît comme pouvant être constituées comme unipersonnelles certaines formes sociétaires d'exercice d'activités libérales et la société européenne. V. aussi infra sur l'introduction en 2010 de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée. Pour le reste, pour les sociétés qui ne sont pas reconnues comme unipersonnelles (SA, sociétés de personnes), trouve application la disposition de droit commun de l'art. 1844-5 du Code civil, introduite en 1981, exprimant déjà un recul de la conception contractuelle : si la société devient unipersonnelle durant son fonctionnement, elle n'est pas dissoute de plein droit, mais tout intéressé peut demander la dissolution en cas de défaut de régularisation dans un an, la régularisation pouvant toutefois survenir en cours d'instance et le tribunal pouvant en plus octroyer un délai pour cette régularisation.

<sup>241</sup> Toutefois, selon le Pr. P. Didier (t.2, p.28-29), quand l'article 1832 al. 2 du Code civil parle de possibilité dans certains cas d'institution d'une société par une seule personne "...c'est là, sans doute, une simple manière de s'exprimer... Car l'entreprise en société requiert des règles de partage des apports, des résultats et du pouvoir dont l'entreprise individuelle n'a nul besoin. C'est pourquoi il vaut mieux conserver au mot « société » le sens qui est le sien dans notre tradition juridique et notre langue usuelle et ne point parler de « société unipersonnelle » pour désigner l'entreprise individuelle, fût-elle à responsabilité limitée". En sens inverse, v. M.Coizian-A.Viandier-F.Deboissy, n° 1032, sur l'utilité de la notion d'affectio societatis dans les sociétés unipersonnelles.

des hommes de paille – différence importante avec le droit français (v. infra, Chapitre II)<sup>242</sup>. Toutefois, la constitution ouverte de sociétés de capitaux unipersonnelles était traditionnellement prohibée par le droit grec (ainsi ancien 4a § 1 g L 2190/1920). Mais en 1994 le législateur grec a transposé la directive 89/67/CE permettant - largement sous l'influence de l'EURL française- la constitution de sociétés de capitaux unipersonnelles, le législateur ayant reconnu à l'époque l'EPE unipersonnelle (aujourd'hui art. 43a L3190/1955). En 2007, un pas supplémentaire et plus important a été franchi avec la reconnaissance de l'AE constituée comme unipersonnelle (1 § 3 L 2190/1920)<sup>243</sup>. L'IKE introduite récemment est elle aussi prévue comme pouvant être constituée comme unipersonnelle (art. 49 par. 2 L4072/2012). Dans tous ces cas de reconnaissance des sociétés constituées comme unipersonnelles sont naturellement acceptées a fortiori les sociétés devenues unipersonnelles durant leur fonctionnement. Il est à noter que les sociétés unipersonnelles de capitaux présentent des risques importants (notamment de confusion des affaires de la société avec celles de l'associé unique, mais aussi d'autres abus) et les deux droits, français et grec, ont accompagné leur introduction avec l'adoption de certaines dispositions impératives visant à faire face aux risques de manipulations dans le cadre de certains montages, en rappelant en plus que la séparation de patrimoines entre l'associé et la société doit être respectée impérativement même dans les sociétés de capitaux unipersonnelles<sup>244</sup>.

---

<sup>242</sup> Ainsi N. Rokas, op. cit., p. 572.

<sup>243</sup> Sur la problématique de la société unipersonnelle en droit grec ayant abouti à la réforme de 2007 v. (en grec) K.Pamboukis « La société unipersonnelle », E.Emp.D 1966, p.185, E.Tziva « Société anonyme unipersonnelle et « quasi »-unipersonnelle », Arm. 1985, p.804, V. Douvlis « L'apport du droit de l'entreprise dans les solutions du problème de la société unipersonnelle » in Mélanges K.Rokas, 1985, p. 125, G.N.Michalopoulos « L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée », E.EmpD 1987 p.343, A.Kiantou-Pambouki « Société unipersonnelle à responsabilité limitée », EpiskED 1997, p.801, S.Pagoni « La société anonyme unipersonnelle comme réalité contemporaine du droit grec des sociétés », E.TT.Chr.D 2006, p.849. Avant ces réformes le droit grec était pour les AE devenues unipersonnelles plus libérale que le droit français, l'anc. art. 47a L 2190/1920 excluant expressément la concentration des actions entre les mains d'une seule personne comme cause de dissolution. Pour les EPE devenues unipersonnelles l'anc. art.44 L 3190/1955 introduisait un dispositif similaire à celui de l'art. 1844-5 du code français.

<sup>244</sup> V. p. ex. L223-5 C. com., 43a § 2 L 3190/1955 (interdiction de cascades d'EURL-EPE unipersonnelles et, pour le droit grec, interdiction de constitution de plusieurs EPE unipersonnelles par la même personne physique ou morale, observation de formalités supplémentaires pour la prise de décision en assemblée par l'associé unique de l'EPE unipersonnelle et pour la conclusion de contrats entre l'associé unique-gérant et l'EPE), 1 § 3 L 2190/1920 (publicité obligatoire de l'actionnaire unique, même si les actions sont au porteur). V. M. Cozian-A. Viandier – Fl. Deboissy, n° 433 suiv. et infra sur le régime spécial de liquidation des sociétés unipersonnelles françaises dont l'associé unique est une personne physique, N. Rokas, op. cit. 571 suiv. V. toutefois la réforme opérée par la loi sur la modernisation de l'économie pour les EURL ayant comme associé unique une personne physique assumant personnellement la gérance (L 223-1 al. 2,3 C. com. dans sa formulation

## **B. La société comme personne morale et l'ordre public**

### **Personnalité morale et organisation juridique de l'entreprise par l'impératif sociétaire**

Aborder la question de la personnalité morale des sociétés dans sa relation avec l'ordre public est essentiellement aborder sous un autre angle les mêmes problèmes de nature et de finalité des sociétés que nous avons rencontrés dans l'unité précédente. La reconnaissance de la personnalité morale aux sociétés est le moyen juridique principal d'organisation juridique d'une entreprise destinée à durer et avec une autonomie juridique par rapport aux personnes de ses fondateurs, en plus caractéristique principale de différenciation par rapport à la catégorie du contrat des sociétés les plus développées ayant la personnalité morale « parfaite » (v. supra). Inversement, on pourrait légitimement considérer que la mise en place et le fonctionnement de l'entreprise privée en commun constitue la fonction-type de l'organisation par le droit de sociétés avec personnalité morale, aussi bien en France qu'en Grèce. Cette organisation ne pourrait pas d'ailleurs être le produit spontané de la seule liberté contractuelle, car les particuliers peuvent normalement créer par le contrat des obligations ou opérer des transferts de biens, non engendrer des êtres juridiques nouveaux différents des êtres humains que le système juridique ne reconnaît pas<sup>245</sup>. D'où l'émergence d'un ordre public « constructif », d'origine légale ou parfois jurisprudentielle, visant à permettre sous conditions de droit impératif la création et le fonctionnement des sociétés personnifiées avec sécurité juridique. Aussi bien le droit français que celui grec conçoivent traditionnellement les personnes morales d'abord et en principe comme groupements de personnes poursuivant des buts communs. Sur cette base et en considérant que les sociétés personnifiées sont exclusivement (en droit français – du moins si l'on considère comme version du but lucratif la réalisation d'économies) ou typiquement (en droit grec) des groupements à but lucratif, on pourrait tirer la conséquence – en concordance d'ailleurs avec la théorie contractuelle de la société (v. supra)- que la

---

actuelle), avec établissement de modèle des statuts par décret, auquel l'associé unique peut déroger en produisant des statuts différents lors de sa demande d'immatriculation de la société et la prévision de formalités de publicité allégées (al. 3). En plus, assez curieusement, la SASU et encore plus l'AE unipersonnelle sont moins réglementées que l'EURL et l'EPE unipersonnelle.

<sup>245</sup> Ainsi J. Paillusseau « Le droit moderne de la personnalité morale », RTD civ. 1993, p. 705 suiv., not. no 77, J-Ph. Robé « L'entreprise et le droit », p.22, H. Hansman - P. Kraakman, op. cit., p. 8 (pour ces derniers auteurs ce que le contrat ne peut faire est d'isoler les biens affectés à l'entreprise face aux créanciers personnels des actionnaires)

finalité des sociétés-personnes morales ne serait que l'enrichissement de leurs membres. Cette considération est bien sûr absolument compatible avec la logique de la philosophie du libéralisme économique et avec celle du système économique capitaliste aujourd'hui dominant ; les associés participent d'ailleurs aux sociétés personnifiées normalement dans le but de poursuivre leurs intérêts matériels personnels. Les choses se compliquent toutefois si l'on considère que le droit reconnaît ces groupements en leur attribuant la personnalité morale non seulement pour favoriser la poursuite des intérêts individuels des associés mais aussi -et peut-être surtout - dans le but d'offrir des structures juridiques aux entreprises destinées dans leurs formes les plus achevées à durer et à acquérir une vie propre indépendante des personnes de leurs fondateurs, des entités impliquant des intérêts plus larges que ceux des seuls associés et même souvent l'intérêt général. En choisissant une forme de société personnifiée développée, les associés connaissent en plus qu'ils vont être soumis dans la poursuite de leurs intérêts personnels à plusieurs restrictions d'ordre public visant à la meilleure organisation de la gouvernance économique de l'entreprise mise en place par le biais de la société, à la pérennité de cette entreprise sociale et à la protection des tiers, notamment des créanciers sociaux (v. infra). Ainsi, c'est par la catégorie juridique de la personnalité morale que le droit accueille la fonction-type des sociétés les plus développées, à savoir d'être les structures d'organisation juridique, de financement et de gouvernance d'entreprises qui, tout en étant privées (capitalistes), sont en même temps des organisations sociales et économiques complexes avec une dynamique propre, avec une multiplicité d'intérêts catégoriels divergeants devant être équilibrés, mais aussi un intérêt propre à la survie et au développement (v. supra mais aussi infra, notamment sur le débat quant aux finalités que le pouvoir dans la société personnifiée doit poursuivre). Ce serait par conséquent réducteur de ne voir dans les sociétés personnifiées françaises et grecques que des versions de propriété collective des associés ou des "nœuds de contrats" bilatéraux (bien que la capacité de contracter des sociétés personnifiées soit un avantage important de ces sociétés)<sup>246</sup>. Pourtant, on ne doit pas d'autre part oublier que la synthèse ou au moins l'équilibre des intérêts souhaitable au niveau de la société-entreprise ne sont pas aujourd'hui atteints parce que, si la société personnifie l'entreprise, il s'agit d'une personnification limitée, toutes les parties prenantes de l'entreprise ne s'exprimant pas dans la société et la structure du pouvoir en découlant ; ainsi, bien que ses finalités soient encore

---

<sup>246</sup> Sur la théorie de la société personnifiée comme « nœud de contrats » v. supra. V. toutefois J.F. Quiévy « Anthropologie juridique de la personne morale », LGDJ 2008, préf. D. Martin, pour un effort de soutenir le point de vue des droits de propriété particuliers des associés sur l'actif social. Sur l'importance de la capacité des sociétés personnifiées à contracter v. C. Prieto « La société contractante », thèse, PUAM, 1994.

dé debated, le pouvoir dans la société et plus généralement dans l'entreprise reste actuellement en dernier ressort entre les mains des apporteurs de capitaux, même s'il s'agit d'un pouvoir soumis à des limites d'ordre public (v. infra plus particulièrement sur cette question du pouvoir)<sup>247</sup>. Selon un point de vue plus « fonctionnaliste », l'utilisation des sociétés personnifiées typiquement comme formes juridiques d'organisation des entreprises fait évoluer la notion même de personnalité morale, avec dépassement de leur nature comme expression juridique de groupements de personnes, au profit de la fonction que l'organisation sociale poursuit<sup>248</sup>. Il est en plus vrai que tout ce que nous avons développé ci-dessus sur l'autonomie même relative des sociétés face à leurs membres ne joue pleinement que dans les sociétés personnifiées à risques limités (autonomie du sort de la société par rapport aux situations personnelles des associés, séparation patrimoniale complète et dans les deux sens entre la société et les associés, impératif sociétaire développé visant à protéger les intérêts des tiers, notamment à cause de la responsabilité limitée des associés, mais aussi les intérêts des associés face aux dirigeants et ceux des minoritaires face aux majoritaires). Mais le droit français et le droit grec, à la différence d'autres ordres juridiques, reconnaissent sous conditions la personnalité morale aux sociétés à risques illimités<sup>249</sup>. Ce qui est en tout cas sûr, au-delà des différentes approches et débats juridico-politiques, est que la personnalité morale des sociétés permet l'affectation de masses de biens à l'entreprise, mais aussi l'existence juridique de cette dernière et son individualisation dans la vie juridique, bien que la société personnifiée ne puisse pas, comme nous avons vu ci-dessus, exprimer aujourd'hui la totalité des participants à l'entreprise. Ces questions de la reconnaissance aux sociétés de l'existence juridique et de leur individualisation sont naturellement des questions dans lesquelles l'intervention de l'ordre public sociétaire est nécessaire, notamment pour des raisons de sécurité juridique et de protection des intérêts impliqués (v. d'ailleurs infra Section II plus spécialement sur l'organisation par le droit des sociétés –souvent de droit impératif - d'autres aspects importants des sociétés personnifiées, p. ex. leur financement ou le pouvoir à leur sein).

---

<sup>247</sup> Ainsi J-Ph. Robé, op. cit., p. 23 suiv. Sur un effort de donner une personnalité « entière » à l'entreprise v. la thèse classique de M. Despax « L'entreprise et le droit », LGDJ 1957. V. aussi sur la relation entre la société comme personne morale et l'entreprise – en grec- G. Triantafyllakis « L'intérêt de l'entreprise comme norme de comportement des organes de l'AE », monographie précitée, spéc. p. 183 suiv.

<sup>248</sup> Ainsi le Pr. J. Paillusseau dans sa thèse précitée.

<sup>249</sup> Le droit anglais et le droit allemand (ce dernier avec de nombreuses exceptions) ne reconnaissent pas la personnalité morale à leurs sociétés de personnes (pour le droit allemand v. M. Fromont op. cit., nos 405 suiv. Sur la partnership anglaise v. L. Convert, thèse précitée, nos 325, 328, 349, 351 et pour le droit américain J. J. Choppe - M. A. Eisenberg « Corporations », Thomson Bar / Bri 2005 § § 6-64.



## La société personne morale en droit français

En droit français, le Code civil ne contient pas de dispositions de portée générale formant un droit commun des personnes morales. La théorie générale de la personnalité morale est ainsi une création jurisprudentielle et doctrinale<sup>250</sup>. A l'issue d'un long débat autour des théories de la personne morale comme fiction ou réalité, la jurisprudence française a consacré – tout en la nuanciant – la théorie dite de la réalité de la personnalité morale : cette théorie considère la personne morale comme née spontanément de groupements de personnes, ces derniers ayant la personnalité juridique même avant sa consécration par la loi, dans la mesure où ils expriment et articulent des intérêts collectifs licites et dignes de protection<sup>251</sup>. Néanmoins, en droit des sociétés les choses ont été historiquement – et le sont encore plus aujourd'hui – différentes, la matière étant empreinte d'intervention législative et d'ordre public : la société anonyme comme forme sociale ayant la personnalité morale a été une création du pouvoir étatique, la SARL a été introduite en droit français avec la personnalité morale, le Code de commerce de 1807 avait introduit, semble-t-il, un *numerus clausus* de sociétés commerciales excluant la création d'autres types sociaux pour l'exercice des activités commerciales. Les sociétés commerciales « révélées » ou « ostensibles » (mais aussi la société civile) se sont vues reconnaître durant le XIXe siècle par la jurisprudence avoir la personnalité morale non sur le fondement de la théorie de la réalité, mais sur celui de dispositions particulières du Code civil organisant une séparation patrimoniale entre les associés et la société (art. 529 et anc. art. 1860 du

---

<sup>250</sup> V. J. Carbonnier « Droit civil- Les personnes », PUF 1999, n° 199, p. 411, F. Terré - D. Fenouillet « Les personnes. La famille. Les incapacités », Précis Dalloz 2005, 7<sup>e</sup> édition,, p. 231, G. Wicker « Personnes morales » in Répertoire civil Dalloz, G. Freyria « La personnalité morale à la dérive », Mélanges A. Breton – F. Derrida, Dalloz 1991, p. 121, J. Paillusseau « Le droit moderne de la personnalité morale », RTD civ. 1993, p. 705.

<sup>251</sup> Selon la Cour de cassation (Chambre civile, 28 janvier 1954, D 1957, 217, note G. Levasseur, Dr. social 1954, 161, note P. Durand) « la personnalité civile n'est pas une création de la loi, (...) elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés ». Libérale dans son principe et reconnaissant en même temps la réalité et l'importance du phénomène des organisations sociales, en tirant des conclusions juridiques, cette position de la Cour de cassation fait néanmoins une place à l'ordre public, en exigeant la licéité des intérêts promus par le groupement comme condition de la reconnaissance de la personnalité morale. Pour une critique de cette position v. l'article précité du Pr. Paillusseau « Le droit moderne... » Par contre, pour la théorie de la fiction la personnalité n'appartient qu' aux êtres humains, la personnalité morale n' étant ainsi qu'un artifice légal utilisé pour faciliter la vie juridique, seul le législateur ayant par conséquent le pouvoir de créer des personnes morales. Cette théorie a l'avantage de souligner le rôle du droit positif dans la création des personnes morales mais aussi la singularité de la personne humaine, en ignorant d' autre part la réalité et l'importance des organisations sociales, qui dépassent souvent l'ensemble de leurs membres. Sur l'ensemble du débat entre les théories de la fiction et de la réalité et ses enjeux en France v. notamment P. Didier, t. 2, p. 51 suiv., Ph. Malaurie « Nature juridique de la personnalité morale », Gaz. du Palais 1990, p. 1068.

Code)<sup>252</sup>. En 1966, le législateur français a fait impérativement dépendre l'acquisition de la personnalité morale par les sociétés commerciales de l'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés, en écartant la conception auparavant dominante, selon laquelle les sociétés – sauf la société anonyme – acquéraient la personnalité morale avec la signature de leurs statuts (aujourd'hui L 210-6 C.com.) L'adoption du système d'immatriculation semble exclure définitivement les sociétés du domaine de la théorie de la réalité<sup>253</sup>. On peut dire la même chose pour les progrès des sociétés unipersonnelles, qui évidemment ne constituent pas des groupements de personnes, mais des créations légales. Toutefois, on pourrait dire que la société personnifiée est conçue en droit français toujours typiquement comme forme juridique de financement, d'expression juridique et de gouvernance d'une organisation complexe – l'entreprise privée, surtout celle capitaliste, exploitée en commun et impliquant des intérêts multiples- ayant un intérêt propre juridiquement distinct de celui individuel de ses membres et fonctionnant par des actes collectifs avec un statut juridique propre ; on ne pourrait ainsi la qualifier comme simple fiction légale comme dans la théorie de la fiction ou celle du nœud de contrats.

#### **L'acquisition de la personnalité morale par les sociétés en droit français et son impératif**

Aujourd'hui, comme nous avons vu ci-dessus, en droit français toutes les sociétés destinées à acquérir la personnalité morale l'acquièrent impérativement seulement par immatriculation au registre du commerce et des sociétés tenu par le greffier du tribunal de commerce de leur siège (1842 C.civ. et L210-6 C.com. pour les sociétés commerciales). Les sociétés civiles acquièrent depuis 1978 la personnalité morale de la même manière<sup>254</sup>. Ce dispositif d'acquisition de la personnalité morale, plus marqué par l'impératif que le précédent et dérogeant au rôle de la publicité en droit commun français comme simple condition de l'opposabilité des actes juridiques aux tiers, vient souligner par la publicité imposée pour l'acquisition même de la personnalité morale (et non seulement pour son opposabilité aux tiers) l'importance des sociétés pour les tiers mais aussi plus généralement

---

<sup>252</sup> Sur l'histoire de la personnification des sociétés, v. P. Didier, t. 2, p. 45 suiv. et p. 149 (sur le régime avant 1966).

<sup>253</sup> Ainsi Ph. Merle, op. cit., n° 75.

<sup>254</sup> Ainsi P. Le Cannu - B. Dondero, op. cit., no 369. Pour toute forme de société, l'immatriculation est impérativement précédée par l'enregistrement de l'acte de société –formalité à finalité fiscale- et l'insertion d'un avis dans un journal d'annonces légales et suivie par l'insertion d'un avis au BODACC (Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales) qui est toutefois informationnelle et n'est pas nécessaire pour l'opposabilité de la constitution aux tiers de bonne foi.. V. plus généralement sur la constitution des sociétés en droit français J-P Sortais « Constitution des sociétés», Répertoire de droit des sociétés Dalloz.

pour la collectivité, en s'éloignant de la sorte d'une conception purement contractuelle des sociétés. En plus, par l'introduction de ce système en 1966 le législateur français a voulu anticiper la 1ère directive communautaire, qui imposait une réduction drastique des causes de nullité des sociétés de capitaux et, corrélativement, l'adoption de dispositifs de contrôle de régularité de la constitution des sociétés en amont, avant leur constitution, dans le but de promouvoir la sécurité juridique dans l'espace communautaire<sup>255</sup>. Toutefois, le dispositif français de contrôle en amont d'une constitution des sociétés conforme à l'ordre public est resté de portée restreinte, car le greffier, malgré la formulation compliquée de l'art L 210-7 al. 1 C.com, n'effectue en fait qu'un contrôle formel de régularité de la constitution<sup>256</sup>. D'ailleurs, les autorités françaises se sont préoccupées les dernières décennies plutôt de la rapidité de la constitution des sociétés que du contrôle de conformité de cette dernière, avec des résultats très bons en matière de constitution rapide<sup>257</sup>. Toutefois, malgré l'affaiblissement du contrôle préalable de conformité, l'obligation de publicité liée à l'immatriculation au registre constitutive de la personnalité morale de sociétés maintient une importance capitale en droit des sociétés ; importante est aussi la publication obligatoire (non constitutive) au BODACC, bien qu'avec des effets juridiques et des sanctions en cas d'omission différents de ceux de l'immatriculation<sup>258</sup>.

### **Le principe de spécialité des personnes morales en droit français**

La personnalité morale des sociétés est soumise en droit français au principe de la spécialité des personnes morales, conçue d'abord comme spécialité légale : toute personne morale peut, selon cette idée, développer son activité seulement dans le secteur d'activité

---

<sup>255</sup> V. P. Didier, t. 2, p. 138 suiv.

<sup>256</sup> Ainsi, malgré la formulation de l'art. du décret du 30 mai 1984, reformé en 1994, M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy n° 184. V. aussi G. Ripert - R. Roblot « Traité de droit commercial », t. 1, v. 2., « Les sociétés commerciales », LGDJ 2001, 18e édition (par M. Germain et V. Magnier), n° 1071. Comp. Ph. Merle, n° 64. La loi de 1966 avait prévu une déclaration de conformité de la constitution de la société à la charge des fondateurs, avec menace de sanctions pénales en cas de déclaration mensongère – mais l'obligation d'une telle déclaration a été supprimée en 1994.

<sup>257</sup> Depuis 1998, il y a une obligation de principe pour le greffier de procéder à l'immatriculation dans un délai franc d'un jour ouvrable après réception de la demande – ou, au plus, de 5 jours, si le dossier est complexe – sous le contrôle d'un juge commis. Sur la procédure d'immatriculation, les pièces requises, le rôle du centre de formalités d'entreprises dans l'accélération de la procédure, ainsi que sur le « récépissé K bis » attribué à la fin de la procédure à la société et celle-ci le rôle de carte d'identité v. M. Cozian-A. Viandier- Fl. Deboissy nos 178 suiv., Ph. Merle, n°s 60 suiv.

<sup>258</sup> V. infra notamment dans l'unité sur le pouvoir dans les sociétés et dans le Chapitre relatif aux sanctions.

qui lui est impérativement imparti par le droit<sup>259</sup>. Pour les sociétés en général, ce secteur est impérativement celui des activités à but économique. La spécialité légale est réputée constituer un principe d'ordre public de protection des membres des personnes morales (v. supra notre Introduction sur la distinction entre ordre public de direction et ordre public de protection)<sup>260</sup>. Toutefois, sa valeur s'est estompée en matière des sociétés, car les frontières entre la société et l'association ne sont plus claires en droit français depuis la réforme de 1978, ayant reconnu que la société peut aussi avoir comme but de faire ses membres faire des économies<sup>261</sup>. L'évolution de la législation française a par ailleurs abouti à un relâchement de la spécialité légale et de ses prohibitions quant aux contrats de bienfaisance effectués par des sociétés<sup>262</sup>. En plus, selon un auteur français, la jurisprudence tend à confondre la spécialité légale avec celle statutaire – en déclin certain pour les sociétés de capitaux (v. infra sur l'objet social et les pouvoirs des dirigeants dans ces sociétés)<sup>263</sup>. La nature de la spécialité légale comme limite de la capacité de jouissance de la personne morale ou comme limite des pouvoirs des dirigeants ainsi que la question connexe des sanctions de ses violations font encore l'objet de débats dans la doctrine française et l'incertitude demeure en la matière<sup>264</sup>. A côté de cette spécialité générale des sociétés, il y a aussi des spécialités étroites, réputées d'ordre public de direction, excluant certaines formes sociétaires de certaines activités et réservant certaines activités exclusivement à certaines

---

<sup>259</sup> I. Jeulin « Les techniques fiduciaires à l'aune du principe de spécialité des personnes morales », thèse LGDJ 2007, préf. Chr. Jubault. Pour le principe d'ultra vires en droit anglais v. Gower-Davis p. 135 suiv. Sur la conception historique de la notion, ses restrictions décisives par le « common law », mais surtout par le « statutory law » et le maintien d'une certaine utilité malgré son déclin en droit américain V. R. W. Hamilton- R. A. Booth « Corporations », p. 367.

<sup>260</sup> I. Jeulin, op. cit., p. 151-152.

<sup>261</sup> Sur la distinction difficile entre société et association après la réforme de 1978, la différence de régime juridique entre l'association et la société, l'intérêt pratique de la qualification et la tendance plus récente de convergence des leurs régimes respectifs v. M. Germain- V. Magnier « Traité » de Ripert et Roblot, nos 1056-25 suiv.

<sup>262</sup> V. I. Jeulin, thèse précitée, p. 78 suiv.- v. toutefois pour les limites de cette évolution op. cit., p. 151.

<sup>263</sup> Ainsi, I. Jeulin, thèse précitée, n<sup>os</sup> 215 suiv.

<sup>264</sup> V. I. Jeulin p.166 suiv., 204 suiv., s'exprimant pour la nature de la spécialité légale comme limite de la capacité de jouissance de la personne morale, mais acceptant la possibilité de ratification de l'acte conclu en dehors de cette spécialité, car la nullité serait relative, comme c'est le cas plus généralement pour les actes juridiques effectués en violation des règles d'ordre public de protection. L'exercice d'une activité permanente par la personne morale en violation du principe de la spécialité légale ouvre d'ailleurs la voie de sa requalification – v. infra sur la question des sociétés commerciales non publiées comme telles.

formes sociétaires<sup>265</sup>. En plus, ce qui est sûr est que le droit français prévoit un *numerus clausus* d'ordre public de personnes morales pouvant exercer normalement, avec pleins effets et à titre principal des activités commerciales (v. infra sur les sociétés et la commercialité).

### **Typologie des sociétés du droit français selon l'acquisition ou non de la personnalité morale- Les sociétés en formation et leur impératif**

Aujourd'hui, presque toutes les sociétés prévues par le droit français sont destinées à acquérir la personnalité morale (art. 1842 al. 1 C.civ). Acquière ainsi la personnalité morale impérativement avec leur immatriculation les SA, SARL, sociétés en commandite par actions (SCA), SAS, société en non collectif, société en commandite simple, société civile, ainsi que toutes leurs formes spéciales très nombreuses (p.ex. sociétés unipersonnelles, sociétés professionnelles de capitaux, sociétés civiles à objet spécifique). Seule n'est pas destinée à acquérir la personnalité morale (outre bien sûr la société créée de fait- v. supra), la société en participation, forme sociale simplement contractuelle, révélée ou occulte, pouvant toutefois être prolongée par une indivision conventionnelle et ayant acquis aujourd'hui un grand intérêt pratique, notamment dans le cadre de la coopération entre entreprises<sup>266</sup>. L'acquisition de la personnalité morale par les sociétés impérativement avec leur immatriculation a aussi posé le problème de la société en formation, à savoir de la société conclue comme contrat avec la signature des statuts, mais pas encore immatriculée. Dans le but de protéger la société, le droit français a introduit comme principe la responsabilité personnelle des personnes ayant contracté au nom de la société avant son immatriculation (responsabilité qui est solidaire si la société est commerciale), en prévoyant d'une manière limitative les modalités de reprise rétroactive par la société des engagements assumés à son nom durant la période de constitution (1843 C.civ., art 6 D. no 78-704 du 3 juillet 1978, dispositions communes pour toutes les sociétés et L210-6 C.com. pour les

---

<sup>265</sup> V. I. Jeulin op. cit. p. 103 suiv., 148. V. p. ex L223-1 al. 5 excluant les SARL de certaines activités financières V. I. Jeulin op. cit. p. 103 suiv., 148. V. p. ex L223-1 al. 5 excluant les SARL de certaines activités financières.

<sup>266</sup> M. Germain-V. Magnier, op. cit. no 1239 suiv., B. Dondero « Société en participation » in Répertoire sociétés Dalloz, J.-P. Storck « Le contrat de participation », Etudes Alfred Rieg. Bruylant 2000, p. 767, avec comme questions plus intéressantes la délimitation avec les contrats de participation, le régime de propriété des apports et la responsabilité des associés à l'égard des tiers ayant contracté avec un seul des associés- sur ce dernier aspect v. art. 1872-1 C.civ. avec les exceptions prévues au principe que chaque associé contracte à son nom et est seul engagé à l'égard des tiers, exceptions allant dans le sens de la protection de la confiance des tiers et que l'accord des associés ne peut pas logiquement écarter. Les dispositions sur la société en participation sont applicables aux sociétés créées de fait. Sur les difficultés de délimitation entre la société en participation et l'indivision v. M. Cozian-A. Viandier- F. Deboissy, nos 1253 suiv.

sociétés commerciales, auxquelles les particuliers ne peuvent pas déroger au détriment de la société et partant dispositions d'ordre public)<sup>267</sup>. La procédure de la formation des sociétés à risques limités et notamment de celles par actions est bien sûr plus lourdement réglementée par l'ordre public sociétaire, dans le but de garantir la réalité de la souscription du capital social annoncé dans les statuts et celle de la libération du minimum exigé par la loi (v. infra dans l'unité sur le financement des sociétés).

### **La personnalité morale pour le droit grec**

A la différence du droit français, le droit grec contient des dispositions de portée générale, souvent impératives, pour toute forme de personne morale (61-77 AK), applicables bien sûr aux sociétés personnifiées – sauf disposition spéciale contraire (ou exclusion de la disposition générale par la « téléologie » d'un type social particulier)<sup>268</sup>. L'article 61 prévoit ainsi que des groupements de personnes poursuivant un but particulier ou des masses de biens ayant été affectés à la poursuite d'un but particulier peuvent acquérir la personnalité morale, si les conditions prévues par la loi sont observées. La première de ces conditions est celle de l'art. 63, imposant la forme écrite ad solemnitatem

---

<sup>267</sup> La reprise se fait par recensement dans un état annexé aux statuts (pour les actes passés avant la signature des statuts), par mandat déterminé et précis accordé par les associés à l'un d'eux, soit dans les statuts, soit par acte séparé (pour les actes passés entre la signature des statuts et l'immatriculation), par décision expresse et spéciale de l'assemblée des associés, une fois la société immatriculée, à la majorité simple (sauf clause contraire des statuts exigeant une majorité renforcée M. Cozian - A. Viandier - F. Deboissy, n<sup>os</sup> 195 suiv.) Sur l'interprétation stricte par la jurisprudence de ces dispositions v. C. cass 3<sup>e</sup> Ch. civ. 5 janv. 1994, Pet. Aff. 19 août 1994, note D. Gibirila, Ch. com. 6 déc. 2005, 13 déc. 2005, Bul. Joly2006, 517 note P. Le Cannu ; v. aussi M. Germain- V. Magnier, op. cit., no 1059. Selon l'art 1842 al. 2 C. civ. "jusqu'à l'immatriculation, les rapports entre associés sont régis par le contrat de société et par les principes généraux du droit applicable aux contrats et obligations" – sur le sens de cette formule v. P. Didier, t. 2, p. 157. Il est à noter que la société en formation du droit français n'est jamais une indivision entre fondateurs –v. P. Didier ibid, P. Le Cannu-B. Dondero, no 336. La société acquiert les apports en propriété avec son immatriculation, avec effet rétroactif du transfert de propriété des apports en nature au jour de la signature des statuts- v. P. Didier op. cit., p. 137. Il y a toutefois aussi besoin d'observation des formalités de publicité (immeubles, fonds de commerce) ou autres (créances, parts sociales) éventuellement nécessaires pour l'opposabilité aux tiers du transfert, avec possibilité d'effet rétroactif de l'opposabilité au moment de l'accomplissement de la formalité de publicité si cette dernière a été effectuée avant l'immatriculation et sous la condition de cette dernière (art. 1843-1 C. civ.) – v. P. Le Cannu- B. Dondero, no 222. Sur l'existence d'une forme de fiducie particulière sur les sommes correspondant aux apports en numéraire d'une société anonyme en formation déposées selon l'art. C.com. auprès d'un depositaire v. P. Le Cannu-B. Dondero op.cit. no 650. Sur les conceptions dans la doctrine française concernant la société en formation avant la loi de 1966 v. G. Ripert- R.Roblot (par M. Germain-V. Magnier), no 1061.

<sup>268</sup> V. les ouvrages précités de « Principes généraux de droit civil » de A. Gazis, t. 2, fasc. 2, p. 55 suiv., G. Balis, p. 51 suiv., Ap. Georgiadis p. 162 suiv., N. Papantoniou, p. 138 suiv., K. Simantiras p. 235 suiv. Sur les personnes morales du droit commercial v. (en grec) K. Pamboukis "Droit commercial" (avec A. Papadrossou-Archaniotaki), p. 229 suiv.

pour l'acte de constitution et les statuts ou acte d'organisme des personnes morales. La personnalité morale n'est pas ainsi pour le droit grec un phénomène spontané, mais une attribution de la loi quand les conditions impératives posées par celle-ci sont réunies (sous réserve du problème des personnes morales « anormales » ou de fait du droit commercial – v. infra), une conception évidemment plus marquée que celle dominante française par la présence de l'ordre public. Il en résulte un principe d'ordre public de *numerus clausus* des personnes morales du droit privé grec, suivie logiquement par l'indisponibilité de la part des particuliers des éléments essentiels de chaque type de personne morale prévue par la loi<sup>269</sup>. Le droit grec n'adopte pas par conséquent la théorie de la réalité, telle que comprise en France comme possibilité de naissance spontanée de catégories de personnes morales, sans toutefois adopter la théorie de la fiction au sens du droit français : pour la conception grecque, la personnalité morale est typiquement comprise comme le produit de la synergie entre une organisation sociale réelle et une construction juridique offerte par la loi pour permettre l'accès à la vie juridique de ces organisations et la poursuite par elles de buts licites<sup>270</sup>. Il est d'autre part vrai qu'une partie de la doctrine grecque – suivie parfois par la jurisprudence – va en plus jusqu'à affirmer que la personnalité morale n'est qu'une technique juridique utilisée par la loi pour faire face à des besoins économiques et sociaux par la personnification d'organismes « idéaux », des expressions qui semblent influencées par des versions de la théorie de la fiction<sup>271</sup>. La doctrine grecque souligne comme élément essentiel de la personnalité morale la séparation de la personne morale comme sujet de droit distinct par rapport à ses membres – principe dit de séparation, qu'on pourrait considérer comme fondamental pour l'ordre public des personnes morales<sup>272</sup>. Le droit grec n'impose pas, semble-t-il, un principe général d'ordre public de spécialité légale des personnes morales avec la sévérité traditionnelle du droit français (comme nous avons vu ci-dessus, pour la

---

<sup>269</sup> Sur ce *numerus clausus* v. A. Gazis, op. cit., p. 91.

<sup>270</sup> V. ainsi K. Simantiras, op. cit., p. 274-275. V. aussi G. Triantafyllakis, op. cit., p. 183 suiv. sur les théories de fiction et de la réalité et leur impact sur la relation entre la société et l'entreprise. Le Code grec est d'ailleurs influencé par la théorie organique d'Otto von Gierke et consacre expressément le point de vue selon lequel la personne morale a volonté et capacité d'exercice propres par le biais de ses organes, dont les membres ne sont pas de simples représentants légaux ou mandataires et dont les fautes à l'égard des tiers dans l'exécution de leurs fonctions sont par conséquent imputables à la personne morale elle-même (art. 70, 71 AK). Il est à noter que, à la différence du droit français, ce que la doctrine grecque avait considéré comme l'enjeu le plus essentiel du débat entre fiction et réalité n'était pas la question de la naissance spontanée de personnes morales, mais celle de la responsabilité civile de la personne morale elle-même à l'égard des tiers pour les fautes ou délits civils de ses dirigeants effectués dans le cadre de l'exécution de leurs fonctions – v. sur cet aspect de la question N. Papantoniou, K. Simantiras, *ibid.*

<sup>271</sup> V. p. ex. K. Rigas (en grec) « La levée de l'existence distincte de la personnalité morale », éd. Nomiki Vivliothiki 2008, p. 1-2, 4, 9.

<sup>272</sup> V. sur le principe de séparation K. Rigas, op. cit., p. 2 suiv.

doctrine grecque en théorie les sociétés de capitaux peuvent avoir des buts non lucratifs) ; toutefois, il est sûr que des limites impératives légales existent quant au cercle d'activité de chaque catégorie de personnes morales, la plus importante étant celle concernant, comme en droit français, le *numerus clausus* des personnes morales pouvant exercer normalement et à titre principal des activités commerciales (v. infra)<sup>273</sup>.

### **L'acquisition de la personnalité morale par les sociétés en droit grec – notamment par la société anonyme - et son impératif**

A la différence du droit français après 1966, les sociétés du droit grec n'acquerraient pas jusque récemment la personnalité morale selon un dispositif unique, bien que la publicité ait été en principe nécessaire pour cette acquisition, du moins celle normale (v. infra sur la question des sociétés de fait du droit grec). L'impératif du droit des sociétés intervenait bien sûr dans les différentes procédures de constitution de chaque forme sociétaire, à des degrés toutefois très différents suivant le type social, notamment pour ce qui concerne le contrôle du respect de l'ordre public sociétaire et plus largement de l'ordre public en général dans la constitution de la société. L'une des raisons de l'hétérogénéité en la matière était que le droit grec avait suivi l'exemple du Code de commerce de 1807, en évitant jusque relativement récemment d'introduire un registre général du commerce (introduit en France au début du XX<sup>e</sup> siècle et utilisé comme moyen de publicité des sociétés –v. supra). Le dualisme du droit grec des sociétés, avec la conception dominante faisant des différenciations quant à la nature des grandes catégories de sociétés (v. supra), jouait lui aussi son rôle dans cette disparité des procédures de constitution. Pourtant, l'introduction en 2005 d'un service de registre général de commerce tenu -à la différence du registre français- par les chambres de commerce (L3419/2005) et pour les sociétés anonymes par le Ministère de Développement, destiné à être mis en place progressivement, ainsi que celle en 2010 d'un dispositif de constitution rapide des sociétés commerciales principales, avec prévision d'un service dit de « station unique » (L3853/2010), ont changé beaucoup les choses. Le droit grec adopte ainsi désormais pour presque chaque société commerciale le système d'acquisition de la personnalité morale impérativement par immatriculation à ce registre général, comme en droit français, avec en plus prévision de procédures de

---

<sup>273</sup> Plus généralement sur la question débattue d'une acceptation du principe d'*ultra vires* par le droit grec v. K. Simantiras, p. 282, Ap. Georgiadis, op. cit., p. 169. et infra sur l'exclusion de ce principe en matière au moins des sociétés de capitaux et des pouvoirs de leurs dirigeants à l'égard des tiers par rapport à l'objet social. Sur la doctrine d'*ultra vires* et son déclin en droit américain v. J.H.Choper-M.A.Eisenberg « Corporations », Gilbert Law Summaries, p. 52 suiv.



constitution largement convergentes pour les types sociaux principaux ; toutefois, certaines différences demeurent encore pour ce qui concerne les modalités de constitution des différentes sociétés du droit grec<sup>274</sup>. L'évolution récente a en plus été vers le recul de l'impératif concernant la constitution des sociétés même pour les formes sociales les plus réglementées historiquement, au profit de la constitution la plus rapide possible des sociétés. Plus particulièrement, les sociétés de personnes du droit grec étant destinées à la personnification (société civile à but économique, société en nom collectif, société commandite simple) acquéraient traditionnellement la personnalité morale par le dépôt de copies de leurs statuts pour enregistrement à un livre spécial de sociétés tenu par le greffier du tribunal de grande instance de leur siège (les tribunaux de commerce ayant été supprimés en Grèce dès 1887), après contrôle purement formel et extérieur de légalité de la part du greffier, sans besoin de publication d'un avis au JO grec (art. 784 AK, 42 EN –Loi commerciale grecque -, ce dernier article étant un vestige du Code français de 1807)<sup>275</sup>. Aujourd'hui, après les réformes de 2005 et 2010, la constitution des sociétés commerciales de personnes comme personnes morales se fait avec leur immatriculation au registre général du commerce, qui est suivie par la publication de l'immatriculation au site électronique du registre, cette publication n'étant pas constitutive pour la société, mais nécessaire pour l'opposabilité des clauses des statuts aux tiers (art. 15, 16 L3419/2005, 251 4072/2012) ; le dépôt de la demande d'immatriculation et des pièces nécessaires pour la constitution se fait auprès du service dit de station unique du registre général existant à la

---

<sup>274</sup> Sur le registre général du commerce grec v. (en grec) S. Psychomanis « Droit commercial- Partie générale » ed. Sakkoula 2007, 2<sup>e</sup> édition, no 989 suiv. Sur la structure du registre, v. art. 5 L3419/2005. Sur la réforme de 2010 de la constitution des sociétés v. (en grec) V. Antonopoulos (dir.) « La simplification de la constitution des sociétés- Le service de station unique », éd. Sakkoula 2011.

<sup>275</sup> Sur le contrôle du greffier lors de l'immatriculation de la société civile sous le régime antérieur v. L. Georgakopoulos, commentaire de l'art. 784 AK, in Astikos Kodikas, Commentaire sous la direction d'Ap. Georgiadis – M. Stathopoulos, t. 4, p. 139. Pour les sociétés en nom v. Sp. Psychomanis, op. cit., p. 47. L'AK renvoie aux dispositions de l'EN (loi commerciale) sur la publicité des sociétés en nom collectif pour l'acquisition de la personnalité morale par les sociétés civiles avec objet économique (art. 784 AK). De la sorte, la société en nom collectif était devenue une sorte de société de droit commun pour la constitution des sociétés de personnes personnifiées du droit grec, bien que la société civile ait en principe le rôle de société de droit commun pour les sociétés de personnes du droit grec (v. supra). Aujourd'hui, les art. 270 (sur la société civile avec personnalité morale), 271 (sur la commandite simple) L4072/2012, renvoient plus généralement aux dispositions de la même loi sur la société en nom collectif comme droit commun pour ces types sociaux. Il est à noter le paradoxe historique que l'AK (introduit en 1946) a consacré comme moyen d'acquisition de la personnalité morale pour les sociétés de personnes l'observation des formalités de publicité de la Loi commerciale (autrement dit, du Code de commerce français de 1807), tandis qu'en droit français l'observation de ces formalités n'avait pas avant 1966 cette finalité et cet effet, les sociétés acquérant la personnalité morale (sauf la SA) avec la signature de leurs statuts.

chambre de commerce compétente qui, dans un jour et après contrôle formel du dossier, effectue l'immatriculation (art. 5 L3853/2010)<sup>276</sup>. Les EPE (SARL du droit grec) acquièrent traditionnellement la personnalité morale par le dépôt de leurs statuts pour enregistrement à un livre spécial tenu par le greffier du tribunal de leur siège, après contrôle purement formel et extérieur de légalité de la part du greffier, suivie toutefois d'une publication –de nature constitutive- d'un avis pour le dépôt au Bulletin des AE et EPE du JO grec (c'était avec la publication de l'avis que la société était réputée constituée comme personne morale -art. 8, 9 L3190/1955)<sup>277</sup>. Aujourd'hui, la constitution de l'EPE comme personne morale se fait avec son immatriculation au registre général du commerce, comme pour presque toute société commerciale (art. 15 par. 1 L3419/2005). Ce qui différencie les EPE des sociétés de personnes est que le rôle du service de station unique est confié au notaire qui rédige l'acte de constitution et les statuts de l'EPE, ce dernier procédant à l'immatriculation au registre général au plus tard dans le jour après le dépôt du dossier et la signature des statuts, faisant un contrôle seulement formel du dossier (art. 2, 6 L3853/2010, 15 L3419/2005). L'immatriculation est suivie de la publication de la société au bulletin de publicité commerciale, fascicule des AE et EPE du site du registre, et ensuite, à la diligence du registre, en forme physique d'un avis de constitution avec résumé des éléments essentiels de l'immatriculation au Bulletin des AE-EPE et de registre général du commerce du JO (art. 13, 16 L3419/2005 – c'est cette dernière publication qui parachève la procédure de publicité de la société) ; mais cette publication n'est pas désormais de nature constitutive pour la société, elle est seulement nécessaire pour l'opposabilité des prévisions des statuts aux tiers, sauf si ces derniers en avaient connaissance (c'est la société qui doit prouver la

---

<sup>276</sup> V. V Antonopoulos, manuel précité, éd. 2011, p. 85 suiv. Le service de station unique peut aussi dans le cas des sociétés de personnes être un Centre de service aux citoyens (KEP)- centre administratif destiné au service rapide du public- certifié pour ce rôle ou le notaire ayant rédigé l'acte notarié des statuts, si une telle rédaction a eu lieu. Le service de station unique fait aussi pour toute forme sociale contrôle de la licéité de la dénomination sociale et de l'enseigne choisies par les fondateurs. Il est aussi à noter que le service de station unique perçoit les droits du fisc exigés pour la constitution des sociétés. Il effectue aussi l'inscription des sociétés immatriculées et de leurs dirigeants ou gérants auprès des organisations de sécurité sociale et leur attribue leur numéro d'immatriculation au registre. En cas de refus d'immatriculation, l'intéressé peut saisir le Tribunal d'Instance- Monomeles Protodikeio- v. art. 12 par. 1, 3 L3419/2005, tels qu'ils résultent après la réforme de 2010. L'immatriculation d'une société au registre est pourtant réputée acte administratif exécutoire, avec toutes les conséquences en résultant pour le contentieux la concernant. Les sociétés civiles de l'art. 784 AK acquièrent aujourd'hui la personnalité morale de la même manière – art. 1 par.2, 15 L3419/2005.

<sup>277</sup> Sur la dernière étape d'évolution d'acquisition de la personnalité morale par les EPE avant 2005 et l'introduction d'un registre spécial qui pourtant n'a pas fonctionné v. G. Michalopoulos, commentaire de l'art. 8 L 3190/1955, in « Droit de l'EPE » (dir. E. Perakis), p. 152 suiv.

connaissance éventuelle par les tiers de clauses statutaires immatriculées mais non publiées), dans les cas où cette opposabilité est possible (art. 8a L3190/1955 –v. infra sur les restrictions pour les sociétés de capitaux des effets externes des clauses statutaires restreignant les pouvoirs de représentation des dirigeants)<sup>278</sup>. Pour ce qui concerne la forme sociale de l'IKE (société privée de capitaux), il y a acquisition de la personnalité morale avec l'immatriculation au registre général, avec renvoi au dispositif particulier applicable pour les sociétés commerciales de personnes (v. supra- art. 2, 5A L3853/2010, tels qu'ils résultent après la loi 4072/2012 ayant introduit l'IKE)<sup>279</sup>. Mais la différence avec le droit français après 1867 la plus importante se trouvait historiquement dans la constitution comme personne morale de l'AE (société anonyme grecque): traditionnellement – survivance en Grèce du système du Code français de 1807- la constitution de l'AE comme personne morale nécessitait impérativement l'autorisation préalable administrative (approbation des statuts et autorisation de constitution), après contrôle de légalité « formelle et substantielle » de la constitution par l'administration, mais non (depuis 1920) d'opportunité (art. 4 L2190/1920), s'agissant de la sorte d'une compétence liée<sup>280</sup>. Ce dispositif d'autorisation et de

---

<sup>278</sup> Sur le régime actuel de constitution de l'EPE v. V. Antonopoulos « Droit des AE et des EPE », éd. 2012, p. 585 suiv.

<sup>279</sup> Sur la constitution de l'IKE v. les ouvrages sur ce sujet des Pr. Antonopoulos et Perakis.

<sup>280</sup> Dans la dernière étape d'évolution du droit grec avant les réformes récentes, la compétence de droit commun pour le contrôle de légalité et l'autorisation de constitution de l'AE appartenait au préfet de son siège – avec l'exception de certaines AE particulièrement importantes (banques, compagnies d'assurance, sociétés cotées, SICAV, sociétés de gestion de fonds communs de placement), dont le contrôle de légalité de constitution appartenait au Ministre du Développement. Les frontières entre le contrôle « substantiel » et celui « formel » de légalité et le sens même de ces termes n'étaient pas indiscutables. Pour l'opinion dominante, le contrôle de légalité formelle concernait l'admissibilité de la demande d'autorisation, notamment la compétence de l'autorité, la signature de la demande par les fondateurs ou leur représentant, la complétude du dossier et des pièces justificatives, le respect de la forme notariée des statuts, le respect d'autres exigences procédurales. Selon l'opinion dominante, le contrôle substantiel englobait le contrôle du respect de l'impératif de la loi sur l'AE, ainsi que des dispositions impératives en général émises dans le but de préserver l'intérêt général mais aussi le respect des bonnes mœurs (en ce sens StE-CE grec-512/1994, Episk. E.D. 1995, 363, obs. K. Pamboukis). L'administration ne contrôlait pas ainsi la conformité des statuts du point de vue du droit commun des contrats et le contrôle des statuts était effectué exclusivement sur le fondement de leur texte. Selon une opinion différente, jadis prépondérante, le contrôle « matériel » des statuts concernait le respect de toute disposition de droit écrit, mais aussi le but plus lointain éventuellement recherché par les fondateurs sous le couvert de l'objet social, du point de vue de sa conformité avec la loi, les bonnes mœurs et l'intérêt général (v. T.Papadimitriou -en grec- « Le contrôle administratif sur les sociétés anonymes », No.V. 1979, p.1205 suiv.). Le contrôle de légalité substantielle concernait aussi selon l'opinion la plus correcte la souscription de l'intégralité du capital social affiché dans les statuts et la valeur des apports en nature. V. sur l'ensemble de la question (en grec) K. Pamboukis « Droit de l'AE », p. 138, G. Sotiropoulos in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 1, p. 489 suiv., P. Selekos, ibid, t. 2A, p. 24 suiv., G. Delis, même ouvrage, éd. 2010, p. 213-215, R. Yovannopoulos « La constitution de la petite AE », E.Emp.D. 2002, p. 285. Si les statuts n'étaient pas conformes à la loi, l'administration pouvait

coopération de l'administration dans la constitution de l'AE comme personne morale n'altérerait pas la nature des statuts comme acte juridique de droit privé ni celle de cette forme sociale comme personne morale de droit privé. Mais l'administration grecque était traditionnellement le garant du respect de l'ordre public sociétaire au sens strict, ainsi que dans un degré important d'un ordre public politique et économique plus général dans la constitution des AE, dispositif par ailleurs inscrit dans un système de surveillance des AE par les pouvoirs publics (v. infra). C'était une preuve de l'importance attribuée par le droit grec à cette forme sociale, ainsi que de l'implication et potentiellement de la mise en danger de multiples intérêts et finalement de l'intérêt général dans cette constitution<sup>281</sup>. En 1986, le législateur grec a introduit un véritable registre pour les sociétés anonymes, dispositif complet de publicité, correspondant à l'importance de l'AE pour la vie économique et les transactions et nécessaire pour la conformité du droit grec avec le droit communautaire et les autres droits des Etats-membres, registre tenu par l'administration ; il a aussi précisé que la personnalité morale était acquise par la société avec l'immatriculation au registre de l'acte des fondateurs constitutif de la société et des statuts avec l'acte administratif d'autorisation de la constitution et d'approbation des statuts (art 7b par.10 L2190/1920). L'immatriculation constitutive était suivie, comme pour les EPE, par la publication non constitutive de l'immatriculation au site du registre ainsi que par celle d'un avis de constitution avec résumé des éléments essentiels de l'immatriculation au Bulletin des AE – EPE et de registre général du commerce, publication nécessaire pour l'opposabilité de clauses des statuts aux tiers, sauf connaissance de la part de ces derniers des clauses immatriculées mais non publiées (c'est la société qui a la charge de la preuve de cette connaissance), là où cette opposabilité est possible (art. 7b § 2, 13 de la même loi)<sup>282</sup>.

---

demander aux fondateurs avant le rejet de leur demande de les modifier. Le refus d'autorisation – nécessitant obligatoirement l'avis conforme de la commission de sociétés anonymes, constituée auprès de chaque préfecture par des juristes et des fonctionnaires- était attaquant devant le StE (CE grec) pour excès de pouvoir, ce recours étant aussi offert à tout tiers intéressé agissant contre l'acte autorisant illégalement la constitution. V. sur l'aspect contentieux R. Yovannopoulos « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 2A, p. 141 suiv.

<sup>281</sup> Sur le débat dans la doctrine grecque quant aux finalités du contrôle administratif et les différentes opinions soutenues- préservation de l'intérêt général, de l'ensemble des intérêts impliqués dans la vie de l' AE, de l'intérêt des actionnaires, avec prise en compte seulement en second lieu de l'intérêt des créanciers, v. K. Pamboukis « Droit de l'AE », fasc. 1, p. 78, R. Yovannopoulos, art. précité sur la « petite AE ».

<sup>282</sup> Sur ce système de publicité et le registre v. notamment K. Pamboukis « Droit de l' AE », p. 88 suiv., P. Selekos, op. cit., p. 41 suiv. et not. p. 60 suiv. sur la distinction entre publicité « formelle » et « substantielle » et la protection de la confiance des tiers. V. aussi R. Yovannopoulos, op. cit., p. 141 suiv. sur l'aspect contentieux et p. 148 sur la responsabilité civile de l'Etat résultant du fonctionnement irrégulier du registre. Comme c'est le cas pour les EPE, les tiers peuvent invoquer des actes et éléments devant être publiés pour lesquels la procédure de publicité n'a pas été achevée, sauf

Toutefois, en 2007 le législateur grec a jugé ce dispositif traditionnel de contrôle préventif administratif comme rétrograde et source de retards inutiles: la réforme du droit des sociétés anonymes opérée par la loi 3604/2007 a ainsi supprimé l'autorisation administrative et le contrôle préalable administratif de légalité (autre que celui purement formel des pièces soumises à l'administration) pour la constitution des AE de droit commun ayant un capital social inférieur à 3 millions euros et ne résultant pas d'une transformation, fusion ou scission (autrement dit, la très grande majorité de AE grecques- art 4 par. 2a L 2190/1920) ; l'administration devait en plus effectuer l'immatriculation de l'acte de constitution et des statuts au registre des AE attribuant à l'AE la personnalité morale (en attente de l'application complète du registre général de commerce) dans un jour du dépôt de la demande (7b par. 1a L2190/1920)<sup>283</sup>. La finalité de cette réforme a été de rendre plus attractive l'AE grecque dans la concurrence internationale des différentes formes nationales de sociétés en rendant sa constitution plus rapide, le respect de l'ordre public dans la constitution de l'AE étant confié au notaire rédigeant l'acte constitutif et les statuts de cette dernière, mais aussi à des

---

si ce défaut les rend sans effets juridiques (art. 7b par. 15), et il en résulte qu'une clause statutaire immatriculée mais non publiée au JO peut être invoquée par les tiers (par contre, une clause non immatriculée n'aurait pas de valeur statutaire mais tout au plus de convention entre fondateurs). En plus, en cas de désaccord entre le texte immatriculé et le texte publié au JO, la société ne peut opposer aux tiers le texte publié au JO, tandis que les tiers peuvent l'opposer à la société, sauf si cette dernière prouve que les tiers connaissaient le texte immatriculé au registre (art. 7b par. 14). Il est aussi à noter que la réforme introduisant le registre général du commerce a généralisé pour toute forme de société constituée par immatriculation au registre ce dispositif sur l'opposabilité des actes et éléments immatriculés mais non publiés ou non publiés normalement (art. 16 par. 2 L3419/2005) – pourtant, à la différence des sociétés de capitaux, pour les formes sociales pour lesquelles n'est pas prévue une publication au JO (ainsi les sociétés de personnes), ce qui compte comme publication est celle au site électronique du registre. Avant 1986 la publicité des AE constitutive de la personnalité morale de la société consistait à la publication de l'acte administratif d'autorisation avec les statuts au JO grec. Le registre des AE était normalement tenu par les préfectures grecques, avec toutefois existence d'un registre central au ministère de développement. Pour certaines catégories d'AE particulièrement importantes il y avait un registre spécial tenu au ministère de développement. Il est à noter que le droit grec confiait à la société anonyme une fois immatriculée le devoir de faire dérouler la procédure de la publication de l'avis de constitution au JO, sous la menace particulièrement drastique de la radiation de la société du registre ayant comme conséquence sa dissolution, si la société ne prouvait la publication dans un délai d'un mois dès l'immatriculation (art. 7b par.1γ).

<sup>283</sup> V. sur cette réforme E. Perakis (en grec) « Le nouveau droit de l'AE », Nomiki Vivliothiki 2008, p. 5 suiv., S. Mousoulas « La loi 3604/2007 de réforme et modification de la loi 2190/1920 sur les sociétés anonymes. Commentaire par article », éd. Sakkoula 2007, p. 71 suiv., 105 suiv. Sur les défauts du système antérieur tel qu' appliqué par les préfectures v. K. Pamboukis « Droit de l' AE », p. 74-75. La loi 2941/2001 avait opéré une première réforme, en dispensant de tout contrôle administratif l'immatriculation des AE avec un capital social inférieur à 500.000, qui devait être effectuée dans un jour. Pour la « petite AE » de la loi 2941/2001 v. l'article précité de R. Yovannopoulos.

sanctions a posteriori à la charge des fondateurs (v. infra)<sup>284</sup>. Cette suppression pratiquement de tout contrôle administratif de la légalité matérielle et du respect de l'ordre public lors de la constitution de la grande majorité des AE de droit commun n'avait pas échappé aux critiques d'une partie de la doctrine ; ce serait d'ailleurs de mauvaise politique législative d'obliger l'administration à immatriculer des sociétés même avec d'importants défauts substantiels, comme il semblait résulter du texte de la loi<sup>285</sup>. Il est d'ailleurs vrai que des incertitudes entouraient même le sens exact de la réforme et ce que le législateur entendait par « contrôle formel »<sup>286</sup>. Aujourd'hui, après la mise en place du registre général du commerce et notamment après la réforme introduite par la loi 3853/2010 sur la constitution rapide de sociétés, l'acquisition de la personnalité morale par les AE se fait avec leur immatriculation au registre général ; surtout, l'exigence d'une autorisation administrative mais aussi le contrôle administratif même formel avant constitution ont été abandonnés indépendamment du montant du capital social, sauf pour des AE de droit special et les AE résultant de transformations, fusions ou scissions (art. 7, 10, 11 L3853/2010, 15 3419/2005)<sup>287</sup>. Comme pour les EPE, le rôle du « service de station unique » a été confié au notaire rédigeant l'acte constitutif et les statuts de l'AE, ce dernier effectuant l'immatriculation de l'AE au registre au plus tard le jour suivant le dépôt du

---

<sup>284</sup> V. E. Perakis « Le nouveau droit de la société anonyme » (en grec), Nomiki Vivliothiki 2008, p. 4.

<sup>285</sup> V. ainsi critique (en grec) V. Antonopoulos « La modification récente de la L.2190/1920 concernant l'étape de constitution de l'AE », Episk.E.D. 2008, p. 331.

<sup>286</sup> V. sur cette question E.Perakis (« Le nouveau droit ... » p. 6, 7) et les critiques de V. Antonopoulos, article précité, p.333, et S.Mousoulas in « La loi 3604/2007 ... », ouvrage précité, p.74, 76, 107. Selon le Pr . N. Rokas –op. cit., p. 232- 233-, l'autorité observant le registre doit plus généralement effectuer un contrôle de légalité des pièces lui étant soumises en vue d'immatriculation, ce contrôle étant sous le régime après la réforme de 2007 seulement formel pour les AE ayant un capital social inférieur à 3 M euros, au sens p. ex. de l'existence dans les statuts des éléments minimum exigés par la loi et du caractère licite ou évidemment illicite de ces éléments, p. ex. en cas d'un objet social manifestement illicite ou d'absence totale de stipulations sur le capital social. Selon G. Delis –« Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), éd. 2010, t. 1, p. 219 -, il s'agissait d'un contrôle de compétence et de formes substantielles de la procédure (notamment respect de la forme notariée et des dispositions sur le capital social). Selon le Pr. V. Antonopoulos –manuel précité, p. 46- malgré la lettre de la loi, le contrôle de l'administration ne pouvait pas être purement formel et ne pouvait pas être réduit à un contrôle seulement des caractéristiques formelles des actes destinés à immatriculation.

<sup>287</sup> Les sociétés de droit special en cause sont celles pour lesquelles il y avait sous le régime antérieur besoin d'autorisation non du préfet, mais du Ministre de Développement -v. supra sur ces sociétés et l'étendue du contrôle exercée. Pour ces sociétés il y a d'ailleurs maintien du registre spécial tenu pour elles au Ministère de Développement. Dans les cas où l'autorisation de l'administration est encore exigée, celle-ci -ainsi que d'autres autorisations éventuellement exigées, par exemple de la part d'autorités indépendantes- doivent être obtenues par les intéressés avant le déclenchement de la procédure de constitution auprès du service de station unique- art. 10 L3853/2010.

dossier avec les pièces exigées par la loi et la signature des statuts, à la suite d'un contrôle formel du dossier. L'immatriculation est suivie, comme pour les EPE, de la publication de l'AE au bulletin de publicité commerciale, fascicule des AE et EPE, du site électronique du registre et au Bulletin des AE-EPE et de registre général du commerce du JO grec, à la diligence désormais du registre, avec les mêmes effets que ceux de la publication sous le régime antérieur. De la sorte, la rupture avec le système traditionnel grec de constitution des AE avec contrôle administratif préalable de la conformité de cette constitution avec l'ordre public a été achevée pour les AE de droit commun, indépendamment de leur taille, avec un certain rapprochement (non absolu) avec les solutions du droit français<sup>288</sup>. L'administration grecque maintient toutefois pour les AE la compétence de contrôler a posteriori - après constitution - la souscription de l'intégralité du capital social et la libération du minimum impérativement exigé des apports en numéraire ainsi que celle des apports en nature, bien qu'avec des moyens de sanction réduits par rapport au passé (v. infra).

#### **Typologie des sociétés du droit grec selon l'acquisition ou non de la personnalité morale – Les sociétés en formation et leur impératif**

Sont destinées à acquérir pour le droit grec la personnalité morale, en formant un *numerus clausus* impératif, l'AE (SA grecque), l'EPE (SARL grecque), l'IKE (société privée de capitaux, introduite en 2012), les types sociaux de coopérative (*synetairismòs* - que le droit grec conçoit comme groupe de types sociaux spéciaux), la société maritime (*naftiki etairia*, société par actions particulière du droit maritime grec, destinée exclusivement à un but économique maritime, avec peu d'impératif et sans surveillance administrative, pouvant

---

<sup>288</sup> V. sur le nouveau régime de constitution des AE V. Antonopoulos, op. cit, p. 24 suiv., 57 suiv., N. Rokas, op. cit., p. 236 suiv. Selon l'art. 7 par. 2 L3853/2010 –essentiellement identique à l'art. 5 sur les sociétés de personnes et à celui 6 sur les EPE- le service de station unique fait un contrôle de la demande d'immatriculation pour ce qui concerne la légitimité de la personne qui la fait et le caractère complet des données et pièces que cette personne soumet avec la demande ainsi que pour ce qui concerne le droit d'utiliser la dénomination sociale choisie. Selon le par. 3 du même article, si de ce contrôle il résulte que la demande, les pièces justificatives ou la convention de constitution ne remplissent pas les exigences de la législation en place, le service à station unique – dans le cadre des AE et EPE le notaire- met un délai – en principe de deux jours, en tout cas jusqu'à dix jours si les circonstances l'imposent – aux fondateurs pour procéder aux clarifications, ou corrections nécessaires ou pour compléter le dossier, sous peine de non réalisation de l'immatriculation. Pourtant, bien que la loi ne le précise pas expressément, avant le contrôle de manque de légitimité du demandeur ou de caractère non complet du dossier ou des pièces, le notaire doit refuser de coopérer à une rédaction de l'acte de constitution et des statuts avec des défauts substantiels évidents (ainsi bien sûr en cas d'objet social illicite, mais aussi, croyons-nous, en cas de violations importantes par les statuts de l'impératif sociétaire, p. ex. des dispositions sur le capital social ou sur la structure de la société ou sur les droits fondamentaux des actionnaires ou associés), conformément au devoir plus général en droit grec des notaires de ne pas coopérer à la rédaction d'actes juridiques contraires à la loi.

toutefois être cotée, introduite avec la loi 959/1979, forme sociale qui est la cible de critiques de la part d'une partie importante de la doctrine grecque, qui répute que le régime légal prévu pour cette forme sociale introduit des dérogations profondes et inutiles par rapport au « type » de la société anonyme et est problématique par rapport au droit communautaire)<sup>289</sup>, la société européenne et le GEIE « grecs » (v. supra), la société en nom collectif (omòrhythmi etairìa - OE), la commandite simple (eterròrhythmi etairìa - EE), la société civile à but économique (cette dernière acquiert la personnalité morale sur option des associés). La société en commandite par actions était prévue comme forme sociale par l'EN (Loi commerciale grecque- art. 38 - il s'agissait pratiquement de la disposition sur cette forme sociale du Code français de 1807) et elle est aujourd'hui réglementée par l'art. 284 L4072/2012, renvoyant largement au droit de l'AE, mais elle est tombée depuis longtemps en désuétude. Toutes ces sociétés acquièrent aujourd'hui la personnalité morale avec leur immatriculation au registre général du commerce, à l'exception de la société maritime et de quelques coopératives, pour lesquelles il y a des régimes spéciaux de publicité (art. 1, 15 L3419/2005). La liste des sociétés sans personnalité morale du droit grec est différente de celle française, obéissant toutefois toujours à un *numerus clausus* d'ordre public : société civile (astiki etaireia) sans objet économique (elle ne peut pas acquérir la personnalité morale et elle n'a pas de forme correspondante en droit français), société civile avec objet économique que les associés n'ont pas voulu immatriculer (simple contrat ou prolongée par une indivision spéciale, qu'on peut considérer comme correspondant à la société en participation « ostensible » ou occulte avec objet civil du droit français), société occulte (aphanis etairìa –anc. art 47-50 EN, aujourd'hui art. 285-292 L4072/2012, qui correspond à la société en participation occulte française avec objet commercial de l'ancien article 42 du code de 1807)<sup>290</sup>, copropriété de navire (sympliokticia - art. 10 du code grec de droit

---

<sup>289</sup> Sur la société maritime v. L. Georgakopoulos- en grec- « Droit maritime », éd. P. N. Sakkoulas 2006, p. 31 suiv., A. Kiantou-Pambouki « Droit maritime », éd. Sakkoula 2003, 4e édition, t. 1, p. 165 suiv. La loi 3182/2003 a introduit en plus une version particulière de société maritime destinée aux bateaux de plaisance. Selon l'art. 1 de la loi, la société maritime a comme but exclusif l'acquisition de la propriété de navires de pavillon grec ou l'exploitation ou gestion de navires de pavillon grec ou étranger ou l'acquisition d'actions d'autres sociétés maritimes, étant précisé par la loi que la société maritime n'a pas l'exclusivité de ces activités. Le pacte social de la société maritime sont rédigés soit par acte notarié, soit par acte sous seing privé et la société acquiert la personnalité morale avec la publicité de son pacte social à un registre spécial pour les sociétés maritimes. Le législateur a voulu selon le rapport introductif de la loi 959/1979 la société maritime comme forme spéciale d'AE, mais d'autre part l'art. 59 de cette même loi exclut l'application à la société maritime non seulement des dispositions sur les sociétés de l'AK et de la Loi commerciale grecque, mais aussi de celles de la loi 2190/1920 sur les AE.

<sup>290</sup> Selon l'art. 285 par.1, avec le contrat de société occulte l'associé apparent octroie à un ou plusieurs associés occultes un droit de participation aux résultats d'un ou plusieurs actes de commerce



maritime privé, forme du droit maritime grec constituant un hybride du droit des sociétés et du droit des biens et pouvant être définie comme la convention par laquelle les copropriétaires d'un navire grec conviennent d'exploiter pour leur propre compte leur navire par le biais d'activités maritimes- de transport ou de remorquage)<sup>291</sup>. Problème a posé dans le passé la question de la koinopraxia, forme de groupement de personnes apparue dans la pratique, notamment - mais non exclusivement- dans le but de coopération entre entreprises pour la poursuite d'un but précis (p. ex. obtention et exécution d'un ouvrage public), entité avec une grande importance pratique, traditionnellement non expressément prévue par la loi – devant par conséquent être qualifiée selon les types du *numerus clausus* d'ordre public des formes sociales et constituant un cas principal de la problématique des sociétés avec personnalité morale anormale ou de fait (v. infra)- et non sans relation avec le phénomène des montages sociétaires (une « koinopraxia » peut p.ex. être la relation de base d'une filiale commune - v. infra Partie II)<sup>292</sup>. Aujourd'hui, la koinopraxia est caractérisée par l'art. 293 L4072/2012 comme société sans personnalité morale, pouvant toutefois l'acquérir par immatriculation au registre du commerce, cette immatriculation étant impérative pour les koinopraxies exerçant une activité commerciale, dans lesquelles il y a application analogique des dispositions sur la société en nom. Pour le reste, l'article prévoit que pour les koinopraxies avec comme but la coordination de l'activité de leurs membres il y a application analogique des dispositions sur la société civile, avec possibilité d'introduction conventionnelle de la responsabilité solidaire des associés. En ce qui concerne les sociétés sans personnalité morale, nous devons relever une différence importante avec le droit français, le droit processuel grec leur reconnaissant la capacité d'ester ou d'être assignés

---

ou d'une entreprise commerciale, qu'il exerce à son nom mais dans l'intérêt commun des associés. Il est à noter que selon l'art. 287 de la loi les tiers acquièrent des droits seulement à l'égard de l'associé apparent, sans reprise des exceptions prévues en droit français au profit des tiers ayant contracté avec un associé d'une société en participation (v. art. 1872-1 C.civ. et supra). Mais dans ces cas de figure on ne pourrait plus parler d'associé occulte et la responsabilité de ce dernier serait fondée soit sur le principe générale de bonne foi soit même sur la construction de la société commerciale de fait- v. infra.

<sup>291</sup> Sur la copropriété de navire v. L. Georgakopoulos, op. cit., p. 93 suiv.

<sup>292</sup> Sur la koinopraxia v. G. Sotiropoulos in « Droit des sociétés de personnes » (dir. N. Rokas), t. 2, p. 859, V. Vathis « Coopération d'entreprises (joint ventures) » (en grec), éd. A. N. Sakkoula, 2009. La koinopraxia avec objet civil ou la koinopraxia de coordination des comportements entre plusieurs entreprises était réputée société civile sans personnalité morale (sauf bien sûr immatriculation comme une forme sociale prévue par la loi) ; par contre, la koinopraxia non publiée selon les formalités impératives de la loi pour l'acquisition de la personnalité morale comme un type social du *numerus clausus* d'ordre public des sociétés commerciales grecques, mais exerçant publiquement – au nom de ses membres ou par raison sociale- une activité commerciale même avec caractère temporaire (comme dans l'exemple précité de l'exécution d'un ouvrage public) était réputée société en nom collectif avec personnalité morale « anormale » ou de fait (v. infra).

en justice à leur nom (62 par. 2 KpoID – Code de Procédure civile grecque), autrement dit une sorte de « personnalité procédurale », en rendant ainsi sans intérêt une large partie du sens du débat en droit français entre les théories de la fiction et de la réalité.

La constitution des sociétés comme personnes morales impérativement avec leur immatriculation pose pour le droit grec –comme pour le droit français- le problème des sociétés en formation. Le législateur grec n'est toutefois intervenu que pour ce qui concerne les AE et les EPE et désormais les IKE, en considérant que pour les sociétés de personnes la responsabilité indéfinie ou même solidaire des associés résout le problème. Comme en droit français, et largement sous l'influence du droit communautaire, il adopte le principe de la responsabilité indéfinie et solidaire des personnes ayant contracté des obligations au nom des AE, EPE et IKE en formation, avec possibilité de reprise rétroactive et unilatérale de la part des sociétés une fois ces dernières immatriculées, dans le souci de protéger le capital social annoncé par la société (7d L2190/1920, 9 par. 2 L3190/1955, 54 L4072/2012) ; mais les modalités de reprise et le dispositif d'ordre public les concernant ainsi que la philosophie générale des solutions diffèrent assez de celles françaises<sup>293</sup>.

---

<sup>293</sup> Comme en droit allemand, une société civile particulière-sans personnalité morale, mais pour le droit grec avec possibilité d'ester et d'être assignée en justice (v. supra)- est réputée conclue entre les fondateurs de l'AE ou EPE, avec comme but la constitution de cette dernière, société civile prenant naissance avec la période de formation au moment de la signature des statuts (opinion dominante quant au commencement de la période de formation, aujourd'hui dépassée avec l'introduction de la constitution à jour unique après cette signature) et allant être dissoute par l'accomplissement de son but avec la constitution de l'AE ou de l'EPE comme personne morale. A la différence de la société civile du droit commun, les causes de dissolution de la société civile de formation sont drastiquement réduites par la loi (art. 8 par. 3 L3190/1955, analogiquement applicable aussi aux AE, disposition qui semble être d'ordre public) : la mort, faillite ou mise sous tutelle d'un fondateur ne sont pas des causes de dissolution et l'acte de résiliation de la société de la part d'un associé (v. infra) agit seulement comme retrait de l'associé qui agit en résiliation. L'exercice d'une activité commerciale par la société civile de formation pose le problème de sa requalification impérative comme société en nom collectif de fait (v. infra Chapitre II) ; en tout cas, si la société civile de formation a conclu des actes juridiques « à son nom », les droits en résultant sont réputés transférés à l'AE ou EPE une fois cette dernière constituée non de plein droit, mais seulement après liquidation de la société civile selon le droit commun (art. 777 suiv. AK- v. infra). A la différence de la société en formation du droit français, cette société civile peut acquérir à titre d'indivision spéciale les apports libérés des souscripteurs, ces apports étant de plein droit transférés à l'AE ou l'EPE une fois cette dernière constituée ; spécialement toutefois pour les immeubles, est acceptée la transmission à l'AE ou EPE durant la période de formation avec l'inscription de l'acte notarié de transmission au livre de la publicité foncière –formalité ad solemnitatem pour le droit grec –, sous la condition suspensive de la constitution de la société, sans passage de l'immeuble par l'indivision, exactement en cause de l'absence de la forme et formalité exigées impérativement pour ce passage (il est à noter que l'inscription au livre de publicité foncière n'est pas en droit grec comme en droit français une condition de l'opposabilité aux tiers des effets du contrat translatif de la propriété sur l'immeuble mais une condition ex lege du développement des effets de ce dernier; mais le contrat créant l'obligation de transfert – dans notre cas celui de société – développe ses effets relatifs indépendamment de l'accomplissement de la formalité de publicité de la transmission –v. infra sur ce

## **La nationalité des sociétés personnifiées et l'ordre public sociétaire**

L'acquisition de la personnalité morale par les sociétés pose le problème de leur nationalité, question de droit international privé, mais qui intéresse beaucoup l'ordre public économique sociétaire, d'une part parce que la question elle-même ne peut être laissée totalement à l'autonomie privée, d'autre part parce que la réponse à la question de la nationalité d'une société est un préalable nécessaire pour l'application ou non du corps de l'impératif sociétaire d'un droit national sur cette société. Aujourd'hui, aussi bien le droit

---

dualisme du droit grec). En tout cas, les droits résultant des actes effectués « au nom » (ou mieux selon une opinion au profit) de l'AE ou EPE durant la période de leur constitution lui sont transférés de plein droit une fois celle-ci constituée selon le droit de la stipulation pour autrui (art 410 suiv. AK); mais les obligations, ainsi que les rapports juridiques complexes de droits et obligations en résultant, sont transférés à la société rétroactivement et avec libération des personnes ayant contracté « au nom » de la société par acte unilatéral de cette dernière, avec simple décision du conseil d'administration pour les AE ou du gérant pour les EPE et IKE (différence importante avec le droit français-sauf si le tiers cocontractant est devenu après constitution membre du conseil, cas dans lequel il y a impérativement application de la procédure des conventions réglementées-v. infra). La reprise doit être effectuée impérativement dans un délai exclusif de 3 mois dès la constitution. Le droit grec exclut ainsi les autres modalités de reprise prévues en droit français (sauf pour la reprise des frais de constitution de l'AE, qui est effectuée par prévision de leur somme dans les statuts- art. 2 par. 2 de la loi sur les AE). La reprise doit parvenir à la connaissance du cocontractant pour développer ses effets, mais cela peut se faire de la part de la société même tacitement. La reprise est libre pour la société, sauf refus de sa part constituant abus de droit (281 AK). Il y a toutefois aussi la possibilité de reprise après l'écoulement du délai des 3 mois selon le droit commun de la « cession de dette » (471 suiv. AK) et sous les conditions de l'effet libératoire de ce dernier, cette même possibilité seulement existant selon l'opinion jusque récemment dominante pour les actes conclus « au nom » de la société allant être constituée avant signature de ses statuts. En plus, des incertitudes existent quant à la possibilité même d'acquisition d'immeubles par les fondateurs au profit ou « au nom » de la société anonyme en formation, avec reprise par la société des engagements résultant de l'acte d'acquisition et inscription de la transmission aux livres de publicité foncière au nom de la société une fois cette dernière constituée: à la différence de la doctrine, un courant jurisprudentiel –influencé par la théorie jadis prépondérante en France et en Grèce de la naissance graduelle de la personne morale, théorie qui est toutefois désormais abandonnée par les droits des deux pays- considère que l'acquisition d'immeubles dépasse le cercle des actes préparatoires de la société en formation, ainsi que la capacité juridique de cette dernière et elle est - d'ordre public, semble-t-il, selon cette opinion - absolument nulle, aucune reprise ultérieure n'étant ainsi possible. Comme en droit français, un principe d'ordre public sociétaire exclut la reprise d'obligations résultant de fautes ou délits civils des fondateurs. Ce qui est aussi sûr est que, comme en droit français, le tiers et le fondateur peuvent librement convenir que le dernier n'aura aucune responsabilité en cas de refus de reprise par la société, l'implication de l'ordre public visant ainsi à protéger principalement la société et l'ensemble des intérêts y impliqués, non le tiers cocontractant. Sur l'ensemble de la question de l'AE en formation v. V. Antonopoulos, op.cit., p. 51 suiv., L. Athanassiou « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 2A, p. 183 suiv., K. Pamboukis, manuel précité, p. 113 suiv., N. Rokas, manuel précité, p.240 suiv. Pour les sociétés maritimes, l'art. 2 par. 3 L 2190/1920 prévoit que les personnes ayant contracté au nom de la société maritime en formation avant sa constitution comme personne morale sont tenues solidairement pour les dettes en résultant, mais si la société approuve ces actes c'est elle seule qui en est tenue.

français que celui grec adoptent principalement pour la détermination de la nationalité des sociétés le critère du siège réel, ce dernier étant conçu comme le centre effectif de la direction de la société<sup>294</sup>. C'est le siège réel ainsi entendu qui prime impérativement en cas de désaccord sur le siège statutaire choisi par les associés pour ce qui concerne la détermination du siège de la société et la détermination de la loi applicable à la société. Le droit français et le droit grec se trouvent ainsi aux antipodes des solutions du droit britannique, en optant pour des solutions plus marquées par l'impératif. La théorie du siège réel adoptée par le droit français et le droit grec vise peut-être surtout à déjouer des montages sociétaires de dissociation artificielle du siège réel et du siège statutaire de la société<sup>295</sup>. Il est toutefois vrai que la jurisprudence de la CJCE a porté les dernières décennies des coups certains à l'application de cette théorie dans l'espace communautaire (v. infra Partie II). Les deux droits sous comparaison permettent d'ailleurs le transfert du siège de leurs sociétés à l'étranger –et partant le changement de leur nationalité –, selon toutefois des dispositifs impérativement réglementés différents (v. infra Section suivante). D'autre part, dans certains cas exceptionnels les deux droits sous comparaison retiennent impérativement le critère du contrôle effectif –autrement dit, de la nationalité des personnes

---

<sup>294</sup> V. M.Menjuq, op. cit. n° 11 suiv., H. Synvet « Sociétés », in Répertoire Droit international privé Dalloz et (en grec) V. Kiantos « Droit privé du commerce international », éd. Sakkoula 2005, 4<sup>ème</sup> édition, p.165 suiv, p.371 suiv., S.Vrellis « Droit privé international », édition Sakkoula 2007, 2<sup>ème</sup> édition p.146 suiv., A. Metallinos, in «Droit de la société anonyme» (dir. E. Perakis), t. 1, Nomiki Vivliothiki 2002, 2<sup>e</sup> édition, p. 667 suiv. Ces solutions sont fondées en droit français sur les art. 1837 C. civ., L210-3 C. com., tels qu'interprétés par la jurisprudence (v. p. ex. C. cass. Ch.com. 21 décembre 1987, Rev. Soc. 1998, p.398 note H.Synvet) et la doctrine dominante, et en droit grec sur l'art. 10 AK tel qu'interprété par la jurisprudence (v. p.ex.Areios Pagos 335/2001, E.Evr.D. 2002, p.188, obs. R.Yovannopoulos). Pour le droit français, il existe une présomption simple de coïncidence du siège statutaire et du siège réel - v. C.cass As. Pl. 21 décembre 1990, Rev. Cr. DIP 1992 p.70 obs. Duranton. Il est toutefois vrai qu'une partie de la doctrine française conteste l'assimilation des questions de la nationalité de la société et de la lex societatis applicable - v. M.Menjuq n°35 suiv. Pour ce même courant, le critère d'application de la lex societatis est en droit français le siège statutaire de la société, sauf fraude- ainsi M. Menjuq op.cit. nos 90 suiv., H. Synvet in Répertoire droit international Dalloz, rubr. Société. Il est aussi à noter que pour le droit grec interne le siège des personnes morales est celui statutaire, indépendamment du lieu du centre effectif de direction (sauf dans le cas de silence des statuts – art 64 AK), sous réserve d'application de la théorie de l'abus de droit (281 AK) ou de l'apparence. Toutefois, cette solution n'est pas retenue par le droit international privé grec. Les deux droits acceptent bien sûr en principe l'implantation de sociétés étrangères sur leur territoire, en leur imposant des obligations impératives de publicité et en leur reconnaissant largement – même sur des fondements juridiques distincts – les mêmes droits civils qu'aux sociétés nationales, étant bien sûr entendu que la liberté d'établissement et l'égal traitement sont impérativement garantis pour les sociétés communautaires – v. art. 11 C. civ. tel qu'interprété par la jurisprudence, art. 4, 7 AK tels qu'interprétés par la doctrine et la jurisprudence, 7a } } 2,3,50-50<sup>p</sup> L 2190/2920, 57-59 L 3190/1955.

<sup>295</sup> V. Partie II pour l'exception la plus importante en droit grec au principe du siège réel au profit d'une catégorie de tels montages de dissociation d'une part du siège statutaire et d'immatriculation et d'autre part du siège réel.

contrôlant la société ou des dirigeants - pour déterminer la nationalité de la société, notamment dans le but de refuser aux sociétés contrôlées par des ressortissants étrangers l'assimilation avec les sociétés nationales et la faveur de certains privilèges reconnus à ces dernières<sup>296</sup>. Il est à noter que le législateur grec, en rupture avec le dispositif général du droit grec sur la nationalité des sociétés, a prévu en 2012 que les sociétés constituées selon le droit grec comme IKE peuvent avoir leur siège réel à l'étranger (art. 45 par. 3 L4072/2012).

### **Personnalité morale, ordre public sociétaire et montages**

Dans les deux pays sous comparaison, l'ordre public sociétaire intervient naturellement plus lourdement dans les sociétés avec personnalité morale, notamment dans celles avec risques limités pour les associés, pour des raisons que nous avons déjà présentées (implication de l'intérêt des tiers ou même de l'intérêt général, souvent besoin de protection des associés, notamment des minoritaires, besoin de garantir un minimum de bonne gouvernance économique dans les entreprises importantes). Mais l'ordre public sociétaire – notamment celui découlant des éléments caractéristiques de la société comme contrat – n'est pas absente même dans les sociétés non personnifiées. Toutes les sociétés-personnifiées ou non -doivent bien sûr en plus respecter l'ordre public politique et économique général.

L'utilisation de la personnalité morale est d'autre part un élément principal dans plusieurs montages sociétaires, aussi bien en France qu'en Grèce: la personnalité morale peut limiter la responsabilité des promoteurs des montages, faciliter leur œuvre par la capacité de la personne morale de contracter, avoir un effet stabilisateur pour le montage,

---

<sup>296</sup> Sur les cas d'utilisation du critère du contrôle par le droit français v. M. Menjucq, op. cit., no 19 suiv. (sociétés de presse, qualification de l'investissement direct étranger, dans le passé pour le non-dépassement de certains seuils par les sociétés étrangères dans le capital des entreprises publiques privatisées). Pour le droit grec, on doit mentionner notamment que le droit maritime exigeait avant 2000 pour la nationalité grecque des personnes morales s'activant dans le domaine de la marine commerciale la détention de la majorité de leur capital par des personnes grecques- art. 5 du Code de droit maritime privé dans sa rédaction antérieure-, la nationalité grecque de la société detenant éventuellement plus de la moitié de l'ensemble des parts indivises d'un navire étant notamment condition impérative pour l'acquisition du pavillon grec par le navire- v. sur ces questions L. Georgakopoulos « Droit maritime », p. 32, 53 suiv. (sur la société maritime), 374 suiv. (sur la nationalité de la société comme condition pour l'inscription du navire au livre public maritime grec et l'accès au pavillon grec). V. aussi pour une application du critère du contrôle Eph.(CA) Thessalonique 3315/1991, Arm. 1992, p. 233 et infra Partie II sur l'utilisation de ce critère contre des efforts de contournement par le biais de constitution de sociétés grecques d'une législation spéciale grecque prohibant certaines acquisitions aux ressortissants étrangers.

démultiplier leur pouvoir en permettant des « effets de levier » de contrôle, exploiter les possibilités qu'offrent les droits sociaux. Ainsi, M. J-Ph. Dom souligne l'importance de la personnification des sociétés pour les différents montages sociétaires : « la société peut émettre une volonté, se défaire de biens, en acquérir d'autres, investir ... contrairement à la grande majorité des actes juridiques, la société va normalement se pérenniser, mais elle va surtout devenir autonome... La personnalité morale peut se reproduire à l'infini ... »<sup>297</sup>. On peut d'ailleurs dire qu'historiquement le recours aux sociétés personnifiées avec limitation de responsabilité a une dimension de montage dans les deux pays sous comparaison, des entrepreneurs mettant leur entreprise individuelle sous de telles formes sociétaires en vue de pallier la non reconnaissance de la possibilité de constitution par acte unilatéral de patrimoines d'affectation. La reconnaissance des sociétés avec personnalité morale à associé unique par les deux droits sous comparaison (v. supra) vient légitimer ces montages, au prix de l'atteinte à la conception traditionnelle des deux droits sous comparaison des sociétés personnifiées comme expressions juridiques de groupements de personnes. Cette possibilité de ségmentation des risques offerte par les sociétés personnifiées trouve aujourd'hui des applications plus compliquées dans des montages de ségmentation du risque découlant des activités d'une même entreprise ou d'un patrimoine. La ségmentation des risques et l'instrumentalisation de la personnalité morale des sociétés est évidente dans le cas du « montage structurel » de l'entreprise en groupe de sociétés, dans le cadre duquel existe sous la couverture de plusieurs personnes en droit indépendantes unicité de direction et de pouvoir. Les particuliers s'efforcent d'ailleurs souvent de créer de formes sociales personnifiées atypiques, en aménageant les formes sociales offertes par la loi et indirectement leur *numerus clausus* impératif par des constructions qu'on pourrait qualifier de montages. En outre, les montages sociétaires instrumentalisent de nos jours encore plus largement la personnalité morale des sociétés, au-delà de la conception de base de la personnalité morale comme organisation juridique d'un groupement de personnes, mais aussi au-delà de la finalité type de la société personnifiée, à savoir d'être la forme juridique de financement et de gouvernance de l'entreprise ; la personnalité morale –et l'impératif nécessaire pour sa mise en place- tend de la sorte à devenir un simple outil pour la poursuite des buts variables des individus, buts que souvent ne sont pas licites (v. supra Partie II sur la problématique des « sociétés écran »). Les efforts du législateur dans les deux pays sous comparaison de faciliter la constitution des sociétés dans le but de simplifier la mise en place d'entreprises a d'ailleurs comme effet collatéral de faciliter l'instrumentalisation de la personnalité morale des

---

<sup>297</sup> Thèse précitée, n°12.

sociétés à des buts douteux. Mais si d'une part finalité-type de la personnalité morale ne signifie pas finalité exclusive, d'autre part l'instrumentalisation des sociétés personnifiées par les montages à des fins atypiques, douteuses ou même illicites est aujourd'hui un facteur important dans une crise certaine de la notion de personnalité morale dans les deux pays sous comparaison. D'où l'émergence de la question de la levée de la personnalité morale pour faire face à de tels montages avec des finalités illicites, en atteignant les associés ou actionnaires derrière la société. En plus, le développement de montages fondés sur l'utilisation de pactes extrastatutaires – surtout de ceux conclus entre l'ensemble des associés ou actionnaires- a posé (notamment en Grèce) la question de leur influence éventuelle sur le fonctionnement de l'organisme social, une réponse positive éventuelle venant atténuer le principe de séparation entre la personne morale de la société et ses membres.

### **C. L'ordre public sociétaire et les droits sociaux comme liens d'obligations et comme biens**

#### **La nature juridique des droits sociaux en droit français et en droit grec – son caractère impératif**

L'acquisition de la personnalité morale par les sociétés a comme effet l'émergence d'une question particulièrement importante pour le droit des sociétés, à savoir celle du statut des droits sociaux que les associés reçoivent en « contrepartie » de leurs apports à la société personnifiée (apports qui deviennent la propriété de cette dernière dans le cas-type des apports de biens en propriété). Cette question est étroitement liée à l'ordre public sociétaire, d'abord exactement parce qu'il s'agit de droits sociaux de sociétés avec personnalité morale, cette dernière étant l'effet d'une organisation juridique avec de forts éléments d'ordre public, non un simple résultat de la liberté contractuelle (v. supra). Ensuite, c'est l'organisation par le droit et par l'ordre public sociétaire de sociétés avec personnalité morale « parfaite » (avec limitation de responsabilité) qui permet d'attribuer aux droits sociaux de ces formes sociétaires une valeur patrimoniale avec une certaine fiabilité<sup>298</sup>. Enfin, le régime juridique des droits sociaux eux-mêmes est une matière fortement empreinte d'ordre public sociétaire dans les deux pays sous comparaison, la France et la Grèce.

---

<sup>298</sup> Ainsi H. Hansman – R. Kraakman, op. cit., p. 8, 11.

Le droit français définit la nature des droits sociaux dans l'art. 529 C.civ., une définition qui, avec l'ancien art. 1860 C.civ., portait en germe la reconnaissance de la personnalité morale aux sociétés de personnes « ostensibles » que le droit français connaissait au XIXe siècle: les parts sociales et les actions sont ainsi impérativement des biens meubles par détermination de la loi, classifiés en plus par la doctrine en principe comme des meubles incorporels (v. toutefois ci-dessous sur l'incorporation traditionnelle du bien incorporel dans le titre de l'action au porteur), et cela indépendamment du caractère mobilier ou immobilier de l'actif de la société personnifiée<sup>299</sup>. Le « bien » est une catégorie juridique très générale du droit français, qu'on peut définir comme l'ensemble d'un droit subjectif et de son objet de droit ayant une valeur patrimoniale (droit réel, avec effet erga omnes, ou droit personnel, avec effet relatif)<sup>300</sup>. La doctrine dominante française considère plus particulièrement les droits sociaux –parts sociales et actions- comme une forme de créance (des associés sur la personne morale de la société)<sup>301</sup>. Les droits sociaux sont ainsi patrimonialisés et ils sont en plus transmis et saisis selon des dispositifs particuliers suivant le type social, toujours toutefois par exclusion impérative du régime des droits immobiliers, même si la totalité de l'actif social est composé d'immeubles<sup>302</sup>. Le droit grec construit d'autre part sa théorie des droits réels sur la notion de « pragma » (« chose », et plus particulièrement en principe chose corporelle- art. 947 suiv. AK) et le Code grec (AK) ne dispose pas d'une notion de portée générale correspondant exactement à celle française de bien<sup>303</sup>. Les droits sociaux des sociétés avec personnalité morale sont d'ailleurs vus principalement en droit grec comme des aspects de rapports juridiques complexes de participation, tissés d'obligations et droits entre d'une part l'associé et d'autre part la société et les autres associés dans les sociétés de personnes, entre l'actionnaire et la société dans la société anonyme<sup>304</sup>. La nature particulière de la participation sociale dans les sociétés de personnes personnifiées du droit grec – caractérisée par un très fort intuitus personae – empêche sa patrimonialisation complète : la participation dans les sociétés de personnes grecques est

---

<sup>299</sup> J. Carbonnier “Droit civil. Les biens”, P.U.F., 2000, 19e édition, n° 51, p. 93-94, P. Didier, t. 2, p. 45 suiv.

<sup>300</sup> Sur la notion de bien v. J. Carbonnier, op. cit., n° 45, p. 83, F. Terré-Ph. Simler “Les biens” Précis Dalloz, 2002, 6e édition, Nos 27 suiv.

<sup>301</sup> V. J. Carbonnier, op. cit., p. 93. Sur la copropriété sur actions v. M. Storck « Les groupements de copropriétaires d'actions », Rev. soc. 1983, p. 293.

<sup>302</sup> Sur les droits sociaux en droit français des voies d'exécution v. M. Jeantin -Ph. Théry “Saisie de droits sociaux et de valeurs mobilières”, Répertoire de droit des sociétés Dalloz .

<sup>303</sup> V. Ap. Georgiadis, “Droit des biens [choses]”, éd. Sakkoula, 1991.

<sup>304</sup> Sur les sociétés de personnes v. M.-Th. Marinos in “Droit des sociétés de personnes” (dir. N. Rokas), p. 64 suiv. Pour les actions v. notamment L. Kokkinis, in “Droit de la société anonyme” (dir. E. Perakis), t. 2A, p. 497 suiv.



ainsi réputée intransmissible entre vifs, mais cette intransmissibilité est de droit supplétif (l'intransmissibilité découle traditionnellement selon la doctrine de la nature de ces sociétés, tandis que son caractère supplétif résulte des dispositions de la loi faisant mention à la transmission –solutions aujourd'hui reprises par l'art. 256 L4072/2012 pour les sociétés commerciales de personnes personnifiées, prévoyant que la participation sociale est transmissible si les statuts le prévoient ou s'il y a accord unanime des associés – comp. infra avec la cessibilité de la part des SNC françaises seulement à l'unanimité des autres associés) ; elle est surtout de droit impératif insaisissable (art. 982 par. 2 KPoD-Code de Procédure civile grec)<sup>305</sup>. En plus, selon un principe d'ordre public sociétaire réputé découlant du fort intuitu personae dans ces sociétés, la participation sociale de chaque associé n'est pas divisible en parts sociales<sup>306</sup>. Par contre, le rapport juridique d'actionnaire exprimé par chaque action est, comme nous avons vu supra, impérativement « standardisé » pour le droit grec, afin que sa patrimonialisation soit complète et d'une évaluation autant que possible facile<sup>307</sup>. Pour les parts des EPE, le droit grec a adopté un régime mixte, à mi-chemin entre celui des actions et celui des participations dans les sociétés de personnes<sup>308</sup>. Pour la nouvelle forme de l'IKE, le droit grec a introduit le

---

<sup>305</sup> V. N. Rokas, op. cit., p. 93 suiv. La logique de la distinction est que l'associé cédant est tenu selon son obligation de loyauté de proposer comme successeur une personne compatible avec le caractère intuitu personae de la société, tandis que le lien est brisé par l'entrée d'un étranger à la société à la suite d'une saisie et vente forcée de la participation sociale, chose qui serait contraire à la nature même des sociétés de personnes. Mais sont saisissables les bénéficiaires et le produit de la liquidation. Sont aussi saisissables les parts indivises des associés sur les biens communs des sociétés non personnifiées, mais non la participation sociale elle-même comme relation globale entre associés dans ces sociétés. Sur les sociétés non personnifiées v. aussi l'art. 761 AK- obligation de chaque associé avec effet relatif entre associés de ne pas disposer de sa part indivise et ne pas demander le partage des biens communs avant la fin de la liquidation, disposition réputée de droit impératif. Comp. art. 1872-2 C. civ. sur la société en participation française, excluant le partage des biens indivis à la demande d'un associé avant dissolution de la société, disposition toutefois de droit supplétif.

<sup>306</sup> V. N. Rokas, op.cit , p 56, 513. Toutefois, la cession partielle de la participation est possible, toujours sur fondement statutaire ou avec le consentement des autres associés- v. N. Rokas, op. cit., p. 93-94.- ainsi désormais expressément sur la possibilité de cession partielle de la participation dans les sociétés personnifiées de personnes art. 256 L4072/2012.

<sup>307</sup> Sur la saisie des actions – matérialisées ou dématérialisées- v. S. Koussoulis in « Droit de la société anonyme » (dir E. Perakis), t. 2A, p. 397 suiv.

<sup>308</sup> V. art. 4 par. 2 L 3190/1955, introduisant une coexistence entre les notions de participation sociale prise comme unité – avec un minimum de participation au capital, aujourd'hui impérativement de 30 euros- et de plusieurs parts sociales de l'associé dans le cas d'apport de valeur correspondant au produit de multiplication de ce minimum. La conséquence pratique en est que l'associé doit impérativement voter dans les assemblées dans le même sens avec l'ensemble de ses parts, à la différence de ce qui se passe avec les actions- mais chaque part est cessible distinctement. V. aussi l'art. 30 de la même loi et art. 1022 suiv. K.Pol.D. (Code grec de procédure civile) sur le régime spécifique de saisie des parts des EPE (saisie seulement après autorisation judiciaire, caractère d'ordre public de la saisibilité des parts, droit de préférence ex lege des autres associés.

dispositif de la division du capital en parts sociales, sans reprendre le régime des EPE avec le dualisme entre participation et parts sociales (art. 50 L4072/2012). Les parts de l'IKE sont d'ordre public saisissables, après toutefois autorisation judiciaire, le tribunal pouvant ordonner la vente des parts aux autres associés ou à une personne proposée par la société, à un prix déterminé par lui (art. 88 L4072/2012).

### **La summa divisio entre droits cessibles et négociables**

Les droits sociaux des sociétés personnifiées sont soumis en droit français à une summa divisio particulièrement importante et ayant un caractère prononcé d'ordre public sociétaire, celle entre les droits cessibles et les titres négociables, et plus particulièrement les valeurs mobilières, titres négociables fongibles (v. art. L228-1 al. 2 C.com. sur la définition légale actuelle des valeurs mobilières). Le droit cessible –en droit des sociétés les parts sociales- est soumis aux aléas du principe « nemo plus iuris » (exprimé dans l'anc. art. 2182, aujourd'hui 2477 C.civ., aggravé à cause du caractère causaliste du droit français) et aux formalités de cession de créance de l'art. 1690 C. civ. pour l'opposabilité de la cession (bien que modifiées en droit des sociétés pour la cession des parts sociales – L 221-14, L223-17 C. com., 1865 C. civ. – v. infra). Par contre, le titre négociable – en matière de sociétés traditionnellement l'action au porteur - incorporait historiquement la participation dans la société dans un support- papier, en tendant à assimiler la cession de la participation sociale y incorporée à celle d'un bien meuble corporel (acquisition a non domino par le cessionnaire de bonne foi selon l' art. 2279 C. civ., simplicité et sécurité du transfert de propriété ainsi que de son opposabilité à la société, éventuellement inopposabilité à l'acquéreur des exceptions de la société contre son auteur)<sup>309</sup>. La distinction est motivée par des raisons de politique juridico-économique, suivant le degré de circulation des droits sociaux que le législateur souhaite pour chaque type social. Ainsi, l'émission de droits

---

<sup>309</sup> Sur le titre négociable, sa distinction avec le droit cessible et les enjeux en cause v. P. Didier, t. 2 p. 62 suiv., 102 suiv., du même « Les biens négociables », Mélanges Y. Guyon, Dalloz, 2003, p. 327, Th. Bonneau-Fr. Drummond « Droit des marchés financiers », Economica 2005, 2e édition, n° 91 suiv. (not. p. 89 suiv. sur la question de l'inopposabilité des vices inhérents au droit incorporé aux tiers de bonne foi comme élément éventuel caractérisant la négociabilité- v. aussi art. L228-22 C.com. sur la position du législateur sur un aspect de la question concernant l'impact de l'annulation de la société ou d'une émission d'actions sur les négociations d'actions effectuées avant la prononciation de la nullité). Il est à noter que l'action nominative n'était pas matérialisée en droit français, et son régime comme titre négociable était discutée - v. Th. Bonneau - F. Drummond, op. cit., n° 91, p. 90. Sur les valeurs mobilières v. D. Ohl « Valeurs mobilières », Répertoire de droit des sociétés Dalloz.

sociaux exprimés par des titres négociables est réservée historiquement impérativement aux sociétés par actions (sociétés anonymes, sociétés commandites par actions, et aujourd'hui SAS), en étant interdite aux autres formes sociales (1841 C.civ., L221-13, L223-22 C.com). En plus, les éléments essentiels du titre négociable ne sont pas laissés à la liberté contractuelle, qui p.ex. ne peut pas créer des actions à ordre (L228-1 al. 3 C.com), ni émettre des actions soumises au principe *nemo plus iuris* (la possibilité d'introduction de clauses statutaires restreignant la cession des actions est une question différente). Cette construction juridique de l'action comme titre négociable, avec sa possibilité de permettre la transmission facile des droits sociaux, a contribué de façon cardinale au « pouvoir de concentration » des sociétés par actions et plus généralement à la naissance de la grande entreprise capitaliste moderne<sup>310</sup>. Evolution majeure, le législateur français a dissocié impérativement en 1981 le titre négociable du support-papier, en imposant la dématérialisation de toutes les valeurs mobilières pour toutes les sociétés par actions, cotées ou non. Par conséquent, aujourd'hui les actions sont exprimées en France par inscription en comptes électroniques, tout en maintenant la nature du titre négociable (v. L 228-10 C. com., mais aussi notamment l'art. L211-16 C. mon. fin., disposition applicable pour tout titre financier), la cession se faisant *erga omnes* par virement de compte en compte à la suite d'un ordre de virement signé par le cédant, par dérogation au principe de droit commun de transfert des droits entre les parties solo consensus (L 228-1 al. dernier C.com., L211-17 C.mon. fin.- comp. art. 1138 C. civ.). Cette évolution est suivie d'un retrait certain- du moins en droit- du secret qu'offrait dans le passé aux fortunes mobilières l'action au porteur (v. toutefois art. L228-10 al. 7 C.com. sur la possibilité dans quelques situations d'inscription par un intermédiaire pour le compte du propriétaire et les obligations en découlant pour l'intermédiaire). D'ailleurs, les actions des sociétés non cotées sont aujourd'hui pour le droit français en principe obligatoirement nominatives, comme le sont aussi les actions en numéraire non entièrement libérées (L212-3 C.mon.fin., L228-9 C. com.)<sup>311</sup>.

---

<sup>310</sup> V. sur cet aspect du sujet notamment G. Ripert « Les aspects juridiques... », ainsi que la thèse précitée de Cl. Champaud.

<sup>311</sup> La dématérialisation a été introduite par la loi des finances du 30 décembre 1981 (aujourd'hui art. L 211-3 suiv. Code mon. fin.). Aujourd'hui, toutes les valeurs mobilières sont représentées en France par des inscriptions en comptes électroniques. Sur le régime actuel de ces inscriptions (notamment sur les personnes habilitées à tenir les inscriptions et le sens actuel- de beaucoup relativisé- de la distinction entre actions au porteur et actions nominatives) v. Th. Bonneau - Fr. Drummond op. cit., n<sup>os</sup> 88 suiv., Ph. Merle n<sup>os</sup> 271 suiv. Sur le débat ouvert dans la doctrine française sur le sens et le fondement de la négociabilité après la dématérialisation v. P. Didier "Droit commercial", t. 3 "La monnaie. Les valeurs mobilières. Les effets de commerce", PUF 1999, p. suiv.. Pour ce qui concerne la nominativité obligatoire des actions non admises à un marché réglementé, les

La distinction entre droits sociaux cessibles et titres négociables peut être transposée grosso modo en droit grec, bien que les catégories utilisées par ce dernier soient différentes, plus influencées par les conceptions allemandes<sup>312</sup>. On doit aussi remarquer que l'impact du principe *nemo plus iuris* est moindre pour les droits cessibles en droit grec qu'en droit français, car la cession de créance- les dispositions sur laquelle (art. 455 suiv. AK) étant applicables par analogie selon l'art. 470 AK à la cession de tout droit, sauf dispositions spéciales contraires - est en droit grec un acte « de disposition » abstrait (juridiquement indépendante de sa cause, le contrat « de création d'obligation » p.ex. vente, échange, donation - sur ces distinctions, inspirées du droit allemand et s'inscrivant dans une logique opposée à celle française de cession des droits par acte unique v. infra, Chapitre II). Mais pour la cession de créance il n'y a pas d'acquisition valable de bonne foi a non domino et en plus la cession des participations ou parts sociales est d'un formalisme impératif aggravé par rapport à la cession de créance de droit commun (art. 42 suiv. EN, 15 L4072/2012, 28 par.3 L3190/1955- v. infra sur le contenu de ces formalités). De la sorte le titre négociable –en matière de droits sociaux d'une manière parfaite traditionnellement l'action au porteur – offre des avantages décisifs à son titulaire par rapport à la cession de droits cessibles, avec application du régime de la cession du bien meuble corporel (8b § 5 L 2190/1920, 1034 suiv. AK) : non seulement caractère non causé de la transmission, mais aussi acquisition de bonne foi a non domino, même – particularité des titres au porteur – en cas de perte ou de vol du titre (1039 AK), transmission simplifiée et avec sécurité juridique du droit incorporé, présomption (simple) de propriété pour le possesseur du titre (art. 1110 AK). L'ordre public sociétaire grec réserve traditionnellement – comme celui français – l'émission de titres négociables matérialisant le rapport d'associé seulement aux sociétés par actions (société anonyme, société maritime et commandite par actions, cette dernière

---

titres financiers –donc les actions- admis aux opérations d'un dépositaire central peuvent selon l'art. 211-7 C. mon. fin. revêtir la forme « au porteur » (être inscrits aux comptes-titres d'un intermédiaire), mais l'émetteur peut décider autrement. Pour d'autres exceptions à la nominativité obligatoire des actions non admises à un marché réglementé, mais aussi pour les actions sévères du non respect de la nominativité là où elle est obligatoire v. l'art. 212-3 C.mon. fin.

<sup>312</sup> Sur les « axiographa » (« papiers-valeurs ») du droit grec- la notion qui correspond dans une certaine mesure à celle de titre négociable- et leurs distinctions v. (en grec) L. Georgakopoulos « Manuel de droit commercial », t. 2 fasc. 2, éd. Sakkoulas, 1997, 2e édition. A. Kiantou-Pambouki « Droit des papiers valeurs », éd. Sakkoula, 1997, 5e édition, N. Rokas « Papiers- valeurs », éd. A. N. Sakkoula, 1992, G. Triantafyllakis « Introduction au droit des papiers-valeurs », Nomiki Vivliothiki, 2008. L'axiographo est défini par la doctrine grecque comme l'écrit qui incorpore un droit subjectif de sorte que le droit incorporé ne puisse être exercé ni cédé sans la possession du titre, l'axiographo exprimant ainsi la connexion la plus étroite entre le droit subjectif et l'écrit. Pour la doctrine grecque le terme action (*metokhi*) a traditionnellement le triple sens de la division minimale du capital social, du rapport d'actionnaire créé avec la souscription de cette division et du papier-valeur qui incorpore ce rapport d' actionnaire.

forme étant tombée en désuétude - v. ainsi expressément sur l'interdiction d'émission de droits sociaux des EPE et des IKE sous la forme de titres négociables art. 1 § 2 L 3190/1955 et 75 par. 1 L4072/2012). Mais la doctrine grecque insiste sur le caractère « déclaratif » (dilotikòs) – d'ordre public, semble-t-il- de la relation de l'action comme titre avec le rapport juridique sous-jacent entre l'actionnaire et la société, l'acquisition même de bonne foi ne pouvant pas guérir les défauts éventuels du rapport fondamental<sup>313</sup>. Historiquement, l'actionnaire avait un droit d'ordre public sociétaire d'exiger la tradition d'un titre matérialisant son rapport d'actionnaire une fois la société constituée (aujourd'hui art. 8b par.2 de la loi sur les AE) – indépendamment du caractère de l'action comme titre au porteur ou nominatif (l'émission d'actions à ordre étant d'ordre public prohibée, comme en droit français)<sup>314</sup>. Toutefois, en 1996 le législateur grec a imposé la dématérialisation obligatoire des actions des sociétés cotées (mais non des sociétés non cotées, à la différence du droit français- v. ci-dessus), qui désormais sont représentées impérativement par des inscriptions en compte électronique tenues par le dépositaire central de la Bourse d'Athènes, étant transmises suivant un régime particulier du droit boursier, par exclusion du « droit des choses », tout en maintenant les caractères essentiels de la négociabilité selon la terminologie française (art. 8 § 7 L 2190/1920)<sup>315</sup>. En 2007, la réforme du droit grec des

---

<sup>313</sup> V. sur ce caractère N. Vervessos in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 2A, p. 350 suiv. D' autre part, comme résultat du même principe, l'existence du rapport d'actionnaire ne dépend ni de l'émission ni de la validité du titre lui-même et le contenu du même rapport est indépendant de ce qui est inscrit sur le titre.

<sup>314</sup> L'action nominative est en droit grec, à la différence du droit français, traditionnellement matérialisée dans un support papier, portant le nom du titulaire, réputé axiographo (papier valeur) au sens large. Le transfert entre vifs de l'action nominative (art.8b par. 6 L2190/1920) se fait ainsi selon l'opinion dominante dans la doctrine et la jurisprudence entre les parties par convention et tradition du titre, comme dans le cas des actions au porteur, mais il développe ses effets à l'égard de la société seulement après son inscription au livre des actionnaires tenu par la société, avec émission d'un nouveau titre ou mention de la cession et de ses éléments essentiels sur l'ancien titre ; l'inscription au livre des actionnaires est ainsi une condition de l'opposabilité de la transmission de la propriété des actions à l'égard de la société nécessaire pour l'exercice des droits de l'actionnaire. Pourtant, selon un autre courant minoritaire, l'acte de disposition des actions nominatives n'est parachevé qu'avec son inscription au livre des actionnaires, l'inscription étant ainsi sine qua non pour la validité de cet acte. En cas de transmission à cause de mort, la transmission se fait de plein droit, mais son opposabilité à l'égard de la société nécessite l'inscription sur le même livre, l'héritier devant prouver sa qualité.

<sup>315</sup> Sur la dématérialisation et le régime en résultant v. (en grec) G. Michalopoulos "Dématérialisation de titres, notamment des actions". Nomiki Vivliothiki 1999, N. Vervessos in "Droit de la société anonyme (dir. E. Perakis), t. 2A, p. 356 suiv. Comme en droit français, ce qui reste de la distinction des actions en actions au porteur ou nominatives pour les actions dématérialisées est la possibilité ou non de la société et des actionnaires de connaître la composition de l' actionnariat- même si les dispositifs utilisés par les deux droits sont différents. Pour le reste, la cession entre vifs est effectuée à l'égard de tous avec le virement au compte du cessionnaire, cette inscription étant une formalité ad solemnitatem pour la cession. En cas de mort du titulaire, les héritiers acquièrent les actions dématérialisées ipso facto, mais l'opposabilité de la transmission à

AE a franchi un pas supplémentaire, en permettant aux sociétés anonymes non cotées de prévoir dans leurs statuts la non émission de titres pour leurs actions nominatives (8b § 4 L 2190/1920). Comme en droit français, le secret offert par la possibilité d'avoir des actions au porteur est en droit grec en recul net, avec les progrès de droit impératif de la nominativité, souvent d'ailleurs dus aux interventions du législateur fiscal. Sont ainsi impérativement nominatives en droit grec- outre, comme en droit français, les actions en numéraire non entièrement libérées (art. 12 L2190/1920)- les actions des sociétés anonymes les plus importantes (s'activant dans les domaines bancaire, d'assurance, de télécommunications, d'entreprises ferroviaires, d'aviation, de réseaux énergétiques etc.), dans le but de la transparence de la composition de l'actionnariat d'entreprises particulièrement importantes pour l'intérêt général ou même pour la sécurité nationale (art. 11a par. 2 L 2190/1920). Des lois spéciales étendent la nominativité à d'autres catégories de sociétés pour des raisons purement fiscales<sup>316</sup>.

### **Droits sociaux, droit des biens et montages**

Les droits sociaux sont par excellence des objets de différents montages sociétaires. Les droits sociaux des sociétés personnifiées peuvent ainsi dans les deux droits sous comparaison être l'objet de démembrements de propriété ("droits réels restreints", selon la terminologie grecque), plus particulièrement d'usufruit et de nantissement, suivant des modalités différentes selon le type social (v. infra). Ces démembrements de propriété sur droits sociaux donnent aujourd'hui lieu – notamment en France – à plusieurs montages sociétaires concernant le pouvoir dans la société ou la gestion de patrimoine par le biais des sociétés. Plus généralement, les dispositifs en place facilitant la circulation de droits sociaux

---

l'égard de la société nécessite l'inscription des actions au compte du nouveau titulaire. Plus généralement, l'inscription en compte- suivie de l'émission d'un certificat par le dépositaire au nom du titulaire, ce certificat n' étant pas titre négociable- remplace impérativement pour les actions dématérialisées les procédés traditionnels de légitimation de l'actionnaire à l'égard de la société (possession du titre, inscription au livre d'actionnaires). Sur la particularité du dispositif grec de dématérialisation comme dispositif de possession directe des titres – c'est l'investisseur final qui est inscrit comme titulaire auprès du teneur central des comptes, non les différents intermédiaires – v. L. Athanassiou "Actionnaires et surveillance dans la société", éd. Nomiki Vivliothiki 2010, p. 248 ; selon cet auteur, le dispositif en cause est en théorie plus transparent pour la société que celui de possession indirecte des titres en vigueur aux Etats-Unis et dans la plupart des pays européens caractérisé par l'existence de comptes collectifs de titres et de multiples intermédiaires, mais en fait il n'est pas juridiquement possible d'obliger l'investisseur étranger de révéler pour le compte de qui il possède des actions, et de la sorte est possible en réalité en Grèce l'observation de comptes collectifs et intermédiés par les intervenants étrangers. Sur la saisie des actions dématérialisées v. S. Koussoulis « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t.2A, p. 402 suiv.

<sup>316</sup> V. sur l'ensemble de la question L. Kokkinis, "Droit de la société anonyme" (dir. E. Perakis), t 2A, p. suiv.

-notamment des actions - facilitent aussi ou même inspirent les différents montages avec ce même objet, souvent avec des finalités atypiques ou douteuses. En plus, en 2007 le législateur français a introduit une version du trust anglo-saxon sous la forme adaptée de la fiducie (aujourd'hui art. 2011 suiv. C. civ.) – sorte de propriété « dédoublée » et affectée, constituée par un contrat et exercée par un propriétaire provisoire, nécessairement un professionnel, au profit d'un destinataire final, et en même temps un patrimoine d'affectation séparé de celui personnel du propriétaire temporaire<sup>317</sup>. Cette introduction de la fiducie peut aboutir à l'absorption de certains montages sociétaires sur droits sociaux pratiqués aujourd'hui en France, qualifiés par un auteur français de « fiducies innomées »<sup>318</sup>, tout en inspirant certains autres, non toujours sans danger pour l'ordre public économique général, ou donner lieu à la combinaison de la fiducie avec des procédés de montages connus, comme les pactes extrastatutaires (v. infra, Partie II)<sup>319</sup>. Plus généralement, la fiducie peut jouer le rôle d'organisation d'un patrimoine d'affectation, rôle que jusque maintenant jouaient en fait en France des sociétés personnifiées à risques limités et leurs droits sociaux, instrumentalisés par les particuliers dans le cadre de différents montages, et constituer de la sorte un concurrent de ces sociétés<sup>320</sup>. La fiducie au sens strict n'est pas reconnue avec une portée générale et avec un effet réel en droit grec, car elle se heurterait au principe du *numerus clausus* des droits réels (973 AK)<sup>321</sup>. La pratique s'efforce toutefois d'atteindre des résultats analogues par transfert de propriété suivi par des engagements contractuels du cessionnaire avec effet personnel – avec possibilité d'applications intéressantes en matière de droits sociaux, qu'on pourrait rapprocher des montages. La doctrine grecque voyait d'ailleurs comme relation fiduciaire – avec effet relatif - celle existant entre le maître de l'affaire et les hommes de paille l'aidant à fonder une société en souscrivant des actions (v. infra, Chapitre II). Plus généralement pour ce qui concerne la

---

<sup>317</sup> Sur cette réforme v. F. Barrière “La fiducie” Bull Joly 2007, p. 440 suiv., 556 suiv., du même “La fiducie, révolution juridique et pratique des affaires” JCP E 2007, 2050.

<sup>318</sup> I.Jeulin, thèse précitée n°248 suiv., sur le portage et la mise en pension de titres comme “fiducies innomées”.

<sup>319</sup> K.Bourgatchev - A.Goudin « La fiducie à l'épreuve de la lutte contre le blanchiment de capitaux », JCP E 2007, Etude 2056, D. Reinhard- G. Podeur « Fiducie-gestion et pactes d'actionnaires », Bull. Joly soc. 2008, p. 652

<sup>320</sup> Sur la fiducie comme un possible patrimoine d'affectation, concurrente de l'instrumentalisation à cette fin de la personnalité morale v. I.Jeulin, thèse précitée, n°2 suiv, 255 suiv, J – Ph. Dom « La fiducie-gestion et le contrat de société. Eléments de comparaison », Rev. soc. 2007 et pour la même question en droit anglais L.Convert, thèse précitée, n°341.

<sup>321</sup> Sur l'ensemble de la question v. (en grec) Chr. Deliyanni-Dimitrakou “Trust et Katapistefsi [fiducie]”, éd. Sakkoulas, 2002, 2e édition. Le droit grec connaît toutefois – sans porter atteinte au principe de *numerus clausus* des droits réels – une sorte de fiducie spéciale successorale (*klironomiko katapistevma* -art. 1923 suiv. AK).

relation du droit des sociétés avec celui des biens, pour un courant d' auteurs français l'exercice du contrôle par certains seulement des associés – contrôle obtenu souvent par le biais de différents montages portant sur des blocs de droits sociaux - aboutit à une situation atypique du point de vue du droit des biens et des relations de pouvoir sur ces derniers reconnus par ce droit, avec émergence d'une nouvelle notion de propriété économique, à savoir le contrôle sur un ensemble de biens sans avoir leur propriété au sens du droit civil<sup>322</sup>. On pourrait d'ailleurs avancer l'hypothèse qu'un conflit existe entre d'une part la réalité socio-économique plus générale de l'entreprise et d'autre part une tendance aujourd'hui puissante de réification de cette dernière, autrement dit la tendance de ne voir dans l'entreprise et son contrôle qu'un actif financier ou un ensemble de biens avec valeur patrimoniale comme tous les autres, ensemble pouvant être démantelé pour des raisons financières. Cette tendance de réification et de financiarisation de l'entreprise est certainement renforcée par plusieurs montages sociétaires ayant comme objet des droits sociaux, comme par exemple les opérations LBO (v.infra, Partie II).

#### **D. L'ordre public sociétaire et la distinction entre activités civiles et commerciales**

##### **Généralités**

Le droit privé français et celui grec connaissent traditionnellement la distinction entre le droit civil et le droit commercial. Le droit civil – droit privé commun – est historiquement le droit du « bon père de famille », des échanges avec comme but typiquement la satisfaction des besoins personnels, des obligations circulant plus ou moins difficilement. Par contre, le droit commercial est le droit des entrepreneurs et des spéculateurs, des opérations avec comme but la réalisation de bénéfices et l'accumulation du capital, des circuits d'échanges, des obligations destinées à circuler facilement et rapidement avec sécurité juridique<sup>323</sup>. Cette distinction entre droit civil et droit commercial ne doit pas toutefois être vue d'une manière absolue, car le droit commercial est largement fondé dans les deux pays sur les bases du droit civil, ce dernier ayant subi d'ailleurs plus ou moins à sens inverse l'influence

---

<sup>322</sup> Sur le débat et les enjeux v. la thèse classique de Cl. Champaud, ainsi que les ouvrages précités de G. Goffeaux-Callebaut, no 193 suiv., J-Ph. Robé p. 83 suiv., 99 suiv.

<sup>323</sup> Sur les relations entre le droit civil et le droit commercial v. P. Didier, t. 1, n° 110 suiv., F. Dekeuwer-Defossez, "Droit commercial", Montchrestien 2001, 7e éd. (avec E. Barry-Clément), n° 20, L. Georgakopoulos "Manuel de droit commercial", t. 1, fasc. 1, p. 11, K. Pamboukis, "Droit commercial. Introduction. Notions fondamentales", p. 92 suiv., E. Perakis, "Partie générale du droit commercial, p. 44.



du droit commercial. En plus, pour plusieurs auteurs, notamment français, la distinction entre droit privé commun et droit spécial des activités économiques tend à devenir dépassée, ne serait-ce qu'à cause de l'extension des méthodes et de l'esprit commerciaux au-delà du champ traditionnel de la commercialité<sup>324</sup>. En tout cas, la distinction entre les activités civiles et celles commerciales est, aussi bien en France qu'en Grèce, d'ordre public, comme d'ailleurs le sont - du moins dans une large mesure - les conséquences de la commercialité<sup>325</sup>. L'attribution des qualités d'acte juridique de commerce et de commerçant joue de la sorte un rôle important dans l'ordre public économique sociétaire mais aussi dans l'environnement juridique des montages sociétaires.

### **Commercialité des sociétés, des associés et des actes *ratione societatis* – son caractère d'ordre public**

Le domaine des sociétés est dans les deux pays largement le domaine de la commercialité par la forme : si pour le droit français, mais aussi pour celui grec, la qualité de commerçant est en principe acquise par une personne par l'exercice à titre de profession habituelle et à son nom d'actes de commerce (L121-1 C.com., art. 1 de l'EN – Loi commerciale grecque), plusieurs formes sociétaires sont commerciales impérativement par détermination de la loi, indépendamment de l'activité par elles exercée. La solution a été adoptée d'abord en France, dans le souci d'étendre les conséquences de la commercialité, notamment la faillite, à certaines sociétés anonymes importantes avec objet civil<sup>326</sup>. Cette extension semble liée en plus à une évolution de la notion de commercialité, vue désormais comme exprimant essentiellement – au-delà de la liste des actes de commerce donnée dans la loi - l'organisation d'activités économiques à but lucratif avec combinaison de capital et de travail subordonné, certaines formes de sociétés étant typiquement les structures juridiques offertes par le droit pour cette organisation. Aujourd'hui, sont en France impérativement commerciales, indépendamment de leur objet, les sociétés par actions, les SARL, les SNC, les commandites simples (art. L210-1 C.com.)<sup>327</sup>. Le droit grec est plus

---

<sup>324</sup> V. notre Introduction, note 24.

<sup>325</sup> V. sur l'ensemble de la question K. Pamboukis, op. cit., p. 265 suiv.

<sup>326</sup> V. sur cette évolution – due au scandale du Panama de 1893 P. Didier t. 2, p. 72 suiv.

<sup>327</sup> Il est toutefois à noter que les conséquences de cette commercialité sont en droit français réduites (les sociétés commerciales par la forme, mais avec objet civil ne se voient reconnaître ni la protection de baux commerciaux ni un fonds de commerce). V. sur l'ensemble de la question F. Dekeuwer-Defossez, n<sup>o</sup> 45. Sur le débat quant à la commercialité des actes des sociétés formellement commerciales, mais avec objet civil en droit grec v. S. Psychomanis, op. cit., p. 246, 310, l'opinion

conservateur en la matière, en imposant la commercialité par la forme seulement aux AE (1§2 L 2190/1920), aux EPE (3§1 L3190/1955), aux coopératives et aux sociétés maritimes (ces dernières ayant d' ailleurs un objet commercial exclusif) et désormais aux IKE (art. 43 par.1 L4072/2012). Les sociétés en nom et les commandites simples sont pour le droit grec commerciales seulement si elles exercent une activité commerciale, le seul objet statutaire commercial n'étant pas suffisant pour leur attribuer cette qualité (mais selon l'art. 15 par. 2 L3419/2005, à défaut de dispositions spéciales, comme celles sur la commercialité par la forme, une présomption simple de commercialité existe pour toutes les personnes s'étant immatriculées au registre général de commerce, dont les sociétés commerciales de personnes). La commercialité par la forme est d'ailleurs combinée avec un « mur d'étanchéité » dans les sociétés de capitaux, avec exclusion de l'acquisition de la qualité de commerçant avec ses risques accrus par les associés et les dirigeants, un facteur qui a beaucoup facilité le pouvoir de concentration des sociétés de capitaux et l'exercice de la grande entreprise par le biais de ces formes sociales. Cette même étanchéité de principe facilite d'autre part -ou même donne des motifs pour- les montages utilisant ou instrumentalisant ces formes sociales<sup>328</sup>. Seulement les associés en nom et commandités acquièrent impérativement la qualification de commerçant, de plein droit en France (L 221-1 C.com.), si la société elle-même exerce une activité commerciale en Grèce<sup>329</sup>. Dans les deux droits, les personnes morales du droit civil ne pouvant pas exercer à titre principal une activité commerciale et acquérir normalement la qualité de commerçant (sociétés civiles, associations, fondations) ne peuvent pas devenir des associés des sociétés en nom collectif ou commandités dans les commandites, parce que ces associés deviennent commerçants,

---

dominante acceptant la commercialité de leurs actes comme solution conforme au besoin de sécurité juridique quant à l'activité des sociétés en cause.

<sup>328</sup> Il est toutefois vrai que le droit français impose aux dirigeants des sociétés de capitaux les mêmes interdictions qu'il impose aux commerçants-personnes physiques dans le but de l'assainissement du commerce -ainsi la loi du 30 août 1947 sur l'assainissement du commerce, v. F. Dekeuwer-Defossez, op. cit., n° 161 suiv.

<sup>329</sup> D'ailleurs, la qualité de commerçant des associés en nom a comme conséquence qu'en France les mineurs -du moins ceux non émancipés (v. art. L 121-2 C.com) - sont impérativement exclus de la participation aux sociétés en nom ou aux commandites comme commandités (v. aussi dans cette logique art. L221-15 al. 7 C.com.). Par contre, en Grèce la participation des mineurs comme associés en nom ou commandités est permise s'ils sont normalement représentés et sous les conditions impératives du droit de la famille - mais cette participation ne leur attribue pas la qualité de commerçant ou du moins ses conséquences défavorables. Sur cette question en droit français v. F.Dekeuwer-Defossez, n° 118. En droit grec, l'exercice d'une entreprise commerciale par les représentants légaux d'un mineur au nom de ce dernier ainsi que l'acquisition d'une telle entreprise nécessitent l'autorisation du tribunal compétent v. Sp.Psychomanis, manuel précité, p. 251-252, N.Rokas, manuel précité, p.53, V.Antonopoulos « Droit des sociétés de personnes », 1997, p.81, 249.

avec comme conséquence que la société ainsi constituée serait défectueuse<sup>330</sup>. Malgré l'existence de l'étanchéité dans les sociétés de capitaux mentionnée ci-dessus, aussi bien en droit français qu'en celui grec les actes portant sur la cession de contrôle d'une société de capitaux sont réputées impérativement des actes de commerce – une commercialité qui ne s'étend pas en droit français aux simples actes de cession d'actions ou de parts sociales de sociétés de capitaux ne concernant pas le contrôle de la société. Cette dernière solution est reprise par le droit grec pour la cession des actions non cotées, mais non pour la cession des actions de sociétés cotées, qui est réputée acte de commerce. D'autre part, pour le droit français la souscription d'actions et de parts de sociétés commerciales est réputée acte de commerce, tandis qu'en droit grec est réputée acte de commerce la participation à la constitution d'une société commerciale avec la qualité de fondateur<sup>331</sup>.

### **Les effets de la commercialité, notamment comme contraintes des montages sociétaires**

Les conséquences de la commercialité dans les deux pays se ressemblent assez, à cause de l'origine commune de leurs droits commerciaux. On pourrait relever toutefois au moins deux différences importantes : d'abord, commercialité signifie en France –peut-être surtout- compétence des tribunaux de commerce, des tribunaux consulaires, constituées par des commerçants (avec application en Alsace-Moselle du système dit d'«échevinage»), à l'organisation desquelles les sociétés commerciales participent par le biais de leurs représentants<sup>332</sup>. Selon une disposition traditionnelle du droit français –aujourd'hui exprimée dans l'art. L721-3 C.com. - les tribunaux de commerce ont compétence pour connaître des contestations relatives aux sociétés commerciales - mais cette phrase dit en fait moins que l'on peut comprendre dans une première lecture<sup>333</sup>. Point essentiel, la compétence des tribunaux de commerce en général et plus particulièrement en ce qui concerne les sociétés commerciales n'est pas d'ordre public (art. L721-3 al.2)<sup>334</sup>. Par contre, comme nous avons

---

<sup>330</sup> V. pour le droit français CA Versailles 28 oct. 2004, JCPE 2005, 131, n°7 obs. J.J. Caussain- Fl. Deboissy- G.Wicker et pour le droit grec K.Pamboukis « Droit commercial » p. 237-238, S. Ppsychomanis op. cit. p. 253 suiv., V. Antonopoulos op. cit. p. 80. V. infra sur les sociétés commerciales de fait et anormales.

<sup>331</sup> Sur la question de la commercialité de ces actes conclus *ratione societatis* v. Ph. Merle, n°s 258, 654, E. Perakis op. cit., p. 210, 244, suiv.

<sup>332</sup> Sur l'ensemble de la question v. F. Dekeuwer-Defossez, n° 80 suiv., P. Didier, t. 1, n° 174 suiv.

<sup>333</sup> Sur la portée en fait assez restreinte que donne à cette disposition la jurisprudence française v. F.Dekeuwer-Defossez, nos 51, 98.

<sup>334</sup> F.Dekeuwer-Defossez, n°107. Ce caractère supplétif de la compétence des tribunaux de commerce est lié en droit français avec le problème de l'arbitrabilité des litiges. Traditionnellement en France la condition impérative de validité de la clause compromissoire (soumettant à l'arbitrage

vu, en Grèce les tribunaux de commerce (emporodikeia), introduits avec le Code français de 1807, ont été supprimés avant la fin du XIXe siècle et le contentieux commercial relève dès lors de la compétence du juge judiciaire ordinaire. Mais la conséquence la plus grave de la qualité de commerçant était jusque récemment encore en Grèce la possibilité de contrainte par corps comme voie d'exécution pour les obligations monétaires nées de l'activité commerciale de la personne physique et de celle d'une société de personnes, à l'encontre respectivement de la personne physique commerçante et des associés ayant la qualité de commerçant, à côté de cette possibilité à l'encontre de toute personne physique pour les obligations monétaires nées de sa responsabilité délictuelle (art. 1047 KPolD –Code grec de procédure civile- dans sa rédaction antérieure ; par contre, la contrainte par corps avait été supprimée en France comme voie d'exécution dès 1867)<sup>335</sup>. Cette possibilité, bien que n'étant pas d'ordre public, au sens seulement que les parties pouvaient convenir l'exclusion de la contrainte par corps de l'arsenal du créancier (par contre était et est encore impossible l'élargissement par convention entre créancier et débiteur des cas dans lesquels celle-ci est permise au-delà de ceux prévus limitativement par la loi), a joué en Grèce un rôle certain dans le montage de la mise d'entreprises commerciales essentiellement individuelles sous la forme de sociétés de capitaux, dont les associés et dirigeants ne sont pas en principe responsables pour les dettes sociales et n'ont pas la qualité de commerçant, en échappant

---

des litiges éventuels pouvant être nés d'un rapport contractuel) était la commercialité de l'acte, la commercialité du rapport juridique sociétaire étant ainsi une condition nécessaire pour la licéité des ces clauses en droit des sociétés (par contre, le renvoi à l'arbitrage d'un litige déjà né et actuel par le biais d'un contrat dit de compromis ne pose pas de problème, sauf s'il s'agit d'une matière d'ordre public exclue par nature de l'arbitrabilité). Les clauses compromissaires étaient ainsi exclues dans le cadre des sociétés civiles, sans que cela ne signifie que tout litige éventuel pouvant être née dans le cadre d'une société commerciale ait pu donner lieu à une clause compromissoire (v. supra sur la commercialité des actes ratiōne societatis dans les sociétés commerciales). La loi NRE du 15 mai 2001 a toutefois étendu la validité des clauses compromissaires plus généralement aux contrats conclus « à raison d'une activité professionnelle », expression qui semble concerner aussi les sociétés civiles professionnelles-v. aussi art. L721-5 al.2 C.com.. Le droit français exclut d'ailleurs de l'arbitrabilité les matières touchant à l'ordre public, mais la jurisprudence donne en fait une interprétation très restrictive de la notion d'ordre public pour ce qui concerne cette prohibition. V. sur l'ensemble de la question et la distinction entre clause compromissoire et « compromis d'arbitrage » F.Dekeuwer-Defossez n°107, E.Putman « Contentieux économique », PUF 1997, nos 274 suiv. En droit grec, l'arbitrabilité est reconnue plus généralement pour tout litige de droit privé, indépendamment de la commercialité, pour toute matière relevant de la libre disposition des particuliers (art. 867-868 KPolD- Code de procédure civile grecque). Sur les applications en matière de sociétés et les difficultés dans les sociétés de capitaux qui sont empreintes d'ordre public v. E.Perakis « Partie générale du droit commercial », p. 154 suiv. V. aussi l'art. de la loi 4072/2012 sur la nouvelle forme sociale de l'IKE permettant expressément l'arbitrage pour le contentieux sociétaire dans cette nouvelle forme sociale.

<sup>335</sup> Sur cette abolition et les palliatifs de la contrainte par corps-voie d'exécution en droit français v. J. Carbonnier « L'obligation entre la force et la grâce » in « Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur », LGDJ 2001, 10e édition, spéc. p. 330.

de la sorte à la contrainte par corps pour les dettes de l'entreprise. En plus, motif supplémentaire pour le recours aux sociétés de capitaux, par exception au principe de la possibilité de contrainte par corps pour les dettes monétaires des personnes morales de droit privé contre leurs dirigeants, le droit grec excluait cette possibilité pour les dirigeants des sociétés de capitaux (1047 par. 3 KPoID). La jurisprudence grecque avait réagi à ce montage avec la levée de la personnalité morale de ces sociétés, l'imputation des dettes sociales personnellement au maître de l'affaire et sa qualification de commerçant, avec comme conséquence la possibilité de la contrainte par corps à son encontre pour le paiement de ces dettes (v. supra Partie II sur les problèmes du fondement de la levée de la personnalité morale, le débat de ses conditions et la position actuelle de la jurisprudence grecque sur cette question)<sup>336</sup>. L'introduction en 1997 du pacte de New-York sur les droits individuels et politiques en droit grec, avec l'adoption du principe que nul n'est soumis à la contrainte par corps pour son impossibilité de faire face à ses obligations contractuelles, a abouti finalement en 2010 à la suppression de la contrainte par corps pour les dettes contractuelles des commerçants. Ainsi, aujourd'hui la contrainte par corps pour des dettes monétaires est permise en droit grec dans le cadre de relations privées seulement pour l'obligation en dommages-intérêts d'une personne résultant de sa responsabilité délictuelle et seulement s'il s'agit d'une somme d'au-dessus de 30.000 euros, l'imposition de la contrainte par corps dans ces cas n'étant pas en plus de droit mais étant laissée à l'appréciation des juges du fond. Le résultat en est la diminution de l'intérêt d'éviter la contrainte par corps comme motif de montages sociétaires. Il demeure toutefois toujours selon la lettre de la loi la différence entre sociétés de capitaux (y compris désormais l'IKE) et les autres personnes morales du droit privé que les dirigeants des premières ne sont pas soumis à la contrainte par corps pour les obligations de la société pour lesquelles est permise la contrainte par corps, tandis que les dirigeants des secondes le sont, une distinction selon nous non justifiée (il est d'ailleurs vrai que la jurisprudence grecque accepte traditionnellement la contrainte par corps à l'encontre des dirigeants des sociétés de capitaux dans le cadre de la responsabilité délictuelle de ces dernières en cas de faute personnelle du dirigeant, sur le fondement de l'art. 71 AK prévoyant la responsabilité solidaire entre personnes morales et leurs dirigeants pour les fautes des dirigeants dans l'exercice de leurs fonctions ayant causé un dommage à un tiers – v. en

---

<sup>336</sup> La jurisprudence s'est fixée dans ses solutions actuelles avec *Areios Pagos As. Pl. 5/1996* EEmpD 1996, p. 758 suiv., obs. K. Alepakos.

plus infra sur la contrainte par corps des dirigeants des sociétés dans le cadre de relations de droit public)<sup>337</sup>.

### **Exercice de l'activité commerciale, formes sociétaires et ordre public économique sociétaire « spécial »**

Les deux droits sous comparaison, français et grec, réservent impérativement l'exercice collectif des activités commerciales – du moins à titre principal et avec partage des bénéfices – à certains groupements de droit privé – avec comme conséquence le problème des sanctions d'un exercice collectif et public d'une activité commerciale en dehors de ces groupements (v. infra sur le problème des sociétés commerciales non publiées comme telles ou de fait). D'autre part, certaines activités commerciales particulièrement importantes (banque, finance, assurance) donnent naissance aussi bien en France et en Grèce à un ordre public économique de droit spécial, avec restrictions des formes sociétaires que l'exercice de ces activités peut revêtir, mais aussi avec des obligations impératives de spécialisation des activités exercées<sup>338</sup>. Un autre problème intéressant qui s'est posé dans les deux pays est celui de la possibilité d'exercice licite des professions libérales – historiquement par excellence en dehors de la commercialité – sous la forme de sociétés commerciales. Le droit français, en rompant avec la tradition, a adapté à la destination des professions libérales ses types principaux de sociétés de capitaux – en excluant toutefois la commercialité de leurs actes<sup>339</sup>. Le droit grec n'a pas donné pour le moment une solution d'ensemble pour ce problème, sa réglementation étant au cas par cas<sup>340</sup>. Dernier point qu'on doit relever, le droit français est caractérisé par la prolifération des types spéciaux de sociétés civiles introduites par la loi, à objet spécial et statut juridique particulier – donc avec

---

<sup>337</sup> V. (en grec) N. Nikas « Droit des voies d'exécution- II- Partie spéciale », p. 785 suiv., G. Nikolopoulos « Voies d'exécution », éd. Sakkoula 2013, 2<sup>e</sup> éd., p. 482 suiv.

<sup>338</sup> V. notamment pour les sociétés anonymes bancaires G. Ripert-R. Roblot, t. 2 (par M. Germain-Ph. Delebecque), n<sup>o</sup> 2216 suiv., Th. Bonneau “Droit bancaire” Montchrestien 2007, 7<sup>e</sup> édition, et (en grec), Sp. Psychomanis, “Les banques et leur surveillance (droit du système bancaire)”, éd. Sakkoula, 2006. V. aussi la thèse de G. Kontogeorga-Théocharopoulou, “Les établissements bancaires et les prises de participations en droit français et en droit hellénique”, LGDJ 2004, préface Ph. Merle. Plus généralement sur les sociétés anonymes à statut spécial du droit grec v. D. Tsimbanoulis in “Droit de la société anonyme” (dir. E. Perakis), Nomiki Vivliothiki 2005, 2<sup>e</sup> édition, t. 7, p. 249. Sur ces cas de “spécialités légales étroites” v. I. Jeulin, thèse précitée, n<sup>o</sup> 95 suiv.

<sup>339</sup> V. M. Cozian-A. Viandier-F. Deboissy, n<sup>os</sup> 1994 suiv.

<sup>340</sup> L. Georgakopoulos « Manuel de droit commercial »- t. 1, fasc. 2, p. 160 suiv., G. Sotiropoulos “La société professionnelle” in “Droit des sociétés de personnes” (dir. N. Rokas), t. 2, p. 901.

un développement plus ou moins important selon le cas d'un ordre public sociétaire spécial de ces types de sociétés<sup>341</sup>.

### **§ 3. L'ordre public sociétaire et les problèmes-clefs propres au droit des sociétés**

Une fois le phénomène sociétaire et son ordre public compris dans leur relation avec les grandes catégories du droit privé pour les deux droits sous comparaison, il reste d'envisager l'ordre public économique sociétaire sous l'angle des grands problèmes propres à la vie et à la disparition des sociétés. Cette première approche des problèmes-clefs nés dans le droit des sociétés lui-même est bien sûr nécessaire pour la compréhension des motifs et de l'environnement juridique des montages sociétaires dans chacun des deux pays sous comparaison – la France et la Grèce. Nous allons ainsi successivement aborder les questions cruciales de l'ordre public dans sa relation avec le financement des sociétés (A), le pouvoir au sein des sociétés (B), la position juridique de l'associé dans la société (C), la disparition de la société (D).

#### **A. Le financement des sociétés**

##### **Le capital social et son impératif : notion et rôle**

La première notion fondamentale du droit des sociétés qu'évoque le problème de leur financement est bien sûr celle de capital social<sup>342</sup>. Cette notion fondamentale du droit des sociétés exprime d'abord aussi bien pour le droit français que pour celui grec l'affectation d'un actif par les associés à l'activité d'une entreprise lors de la constitution de la société et en même temps un passif de la société à l'égard des associés correspondant à cet actif apporté, passif subordonné à la priorité des créanciers sociaux sur l'ensemble de l'actif social et destiné en principe à être remboursé à la fin de la société (s' il y a encore actif après la satisfaction des créanciers). Les dispositions impératives concernant le capital social forment dans tous les pays de droit continental, comme la France et la Grèce, une partie importante de l'ordre public sociétaire des sociétés à risques limités. C'est parce que dans ces pays l'organisation d'un dispositif impératif de capital social - de sa constitution et

---

<sup>341</sup> V. P. Didier, t. 2, p. 75 suiv.

<sup>342</sup> A. Lecourt « Capital social », in Répertoire de droit des sociétés Dalloz.

de sa protection – est réputée traditionnellement constituer la seule garantie des créanciers sociaux après la limitation de la responsabilité des associés pour les dettes sociales. Le droit communautaire, dans sa mission d’harmonisation des droits des sociétés des pays membres, a adopté cette philosophie et même renforcé les moyens de protection du capital social pour les sociétés de capitaux, en jouant ainsi un rôle majeur dans la convergence des ordres publics sociétaires français et grec en la matière. Le capital social est traditionnellement qualifié aussi bien en France qu’en Grèce comme le gage des créanciers sociaux, mais pour la doctrine moderne cette conception s’avère plutôt inexacte : d’une part c’est l’actif social pris dans son ensemble qui constitue le gage des créanciers au sens juridique strict et d’autre part, plus essentiellement, c’est la robustesse des capitaux propres de la société qui constitue le « gage » des créanciers du point de vue économique<sup>343</sup>. Le capital social exprime selon cette conception plutôt le risque encouru par les associés comme « créanciers de dernier rang » de la société et il est étroitement lié au pouvoir qu’ils exercent dans celle-ci et par conséquent dans l’entreprise capitaliste. Il sert d’ailleurs de notion de base (aujourd’hui avec plusieurs dérogations) pour le partage entre associés des droits sociaux proportionnellement à leur participation au capital. Le capital social sert en tout cas comme base de comparaison avec les capitaux propres pour mesurer la santé financière de la société mais aussi comme fondement pour le calcul de ce que les associés peuvent se faire distribuer, afin que la priorité des créanciers sociaux sur l’actif de la société soit respectée. Notion apparemment technique, le capital social a ainsi un rôle central dans l’équilibre et la hiérarchie des intérêts au sein de la société mais aussi au sein de l’entreprise et il est étroitement lié au pouvoir exercé dans les sociétés de capitaux. Pourtant, le rôle du capital social et de son impératif dans les droits continentaux n’a pas échappé plus généralement aux critiques: pour un courant de pensée, l’obligation impérative d’un minimum de capital social et la protection impérative du capital social annoncé seraient en même temps inefficaces pour la protection des créanciers sociaux et entravantes par leur rigidité pour la société et les associés<sup>344</sup>. L’exemple de la plupart des droits des sociétés des Etats fédérés nord-américains tendant à abandonner l’exigence de

---

<sup>343</sup> Ainsi P. Didier, t. 2, p. 94 suiv., M. Cozian-A. Viandier-FI. Deboissy n° 232 et (en grec) E. Perakis « Conceptions modernes sur le capital social » in Mélanges K. Pamboukis, 2006, p. 31 suiv. , L. Kokkinis in “Droit de la société anonyme” (dir. E. Perakis), t. 2A, p. 216 suiv., not. 223 suiv. V. aussi pour une approche exhaustive des conceptions sur le capital social (en grec) G. Triantafyllakis « Le capital social et ses variations dans l’AE », Nomiki Vivliothiki 2012.

<sup>344</sup> V. en ce sens Th. Massart « La société sans apports », in Mélanges P. Didier, G. Parléani- P. Le Cannu “Le financement du capital”, Rev. soc. 2005, p. 13. V. aussi l’ouvrage collectif « Quel avenir pour le capital social » (dir. A. Couret-H. Le Nabasque), Dalloz 2004.



capital social a d'ailleurs une influence certaine en Europe<sup>345</sup>. Des réformes importantes du droit du capital social ont ainsi été envisagées par les autorités communautaires. Ces nouvelles idées sur le capital social ont déjà été partiellement exprimées dans la directive du 6 septembre 2006 (2006/68), portant réforme de la 2e directive communautaire sur le droit des sociétés<sup>346</sup>. La doctrine française synthétise ces perspectives, en parlant de la possibilité de constitution de sociétés avec « capital zéro »<sup>347</sup>. Il semble que ces idées envisagent une évolution du droit des sociétés caractérisée par la mise des formes des sociétés à risque limité à la disposition d'apporteurs exclusivement en idées, savoir-faire ou capacité d'organisation, avec un financement de la société même purement externe. Des tests de solvabilité ou de bilan devraient préciser ce que les associés peuvent se faire distribuer, afin que les intérêts des créanciers sociaux soient garantis. Mais d'autre part la sous-capitalisation patente de plusieurs sociétés, les dangers d'un recours excessif à « l'effet de levier » d'un financement externe et les dangers d'une dissociation radicale entre le risque et le pouvoir au sein des sociétés devraient inciter à une certaine prudence en matière de « capital zéro ». Il est aussi vrai que le plus souvent la reconnaissance de sociétés à capital zero ou quasi-zero ne change pas grand-chose pour les entrepreneurs moyens s'activant dans la vie économique par le biais de sociétés à risques limités, car les banques obtiennent toujours des garanties personnelles de leur part pour les dettes sociales.

### **La question de la nécessité d'un capital social pour la constitution des sociétés**

Malgré ces évolutions, le capital social et son impératif continuent encore aujourd'hui de jouer un rôle important en droit français et en droit grec des sociétés. Le droit français exige même de toute société, indépendamment de forme sociale, de fixer dans ses statuts un capital social (art. 1835 C.civ., L210-2-C.com. pour les sociétés commerciales). Il exclut par

---

<sup>345</sup> Pour le(s) droit(s) américain(s) de sociétés en matière de capital social v. Hamilton-Booth, p. 363 suiv., 440 suiv. Aujourd'hui la plupart de ces droits ont supprimé les minimums obligatoires de capital social pour leurs « corporations ». La tendance est aussi vers la suppression même de l'exigence d'un capital social annoncé dans les statuts, les actions étant émises sous le MBCA (Model Business Corporation Act) « par value » sur option. Sur les tests pour la distribution des dividendes imposés par le MBCA (equity insolvency tests et balance sheet test) et les systèmes alternatifs v. *ibid*, p.478 suiv.

<sup>346</sup> La perspective est d'ailleurs ouverte par le rapport Winter d'une société sans capital social - v. *supra* bibliographie de la note 344.

<sup>347</sup> V. A. Pietrancosta « Capital zéro ou zéro capital » in « Quel avenir pour le capital social ». Sur la possibilité pour une partie de la doctrine française d'un capital même négatif v. J.-P. Chiffaut-Moliard « Plaidoyer pour un capital social négatif », JCP E, no 1626.

ailleurs par une disposition impérative de portée générale les apports en industrie du concours à la formation du capital social, parce que ces apports sont d'évaluation difficile, non saisissables et d'exécution éventuellement douteuse (art. 1843-2 al. 2 C.civ). Ainsi, une société est pour le droit français normalement constituée seulement si au moins un associé a fait un apport en numéraire ou en nature pouvant former un capital social<sup>348</sup>. Les sociétés de personnes du droit français sont de la sorte constituées obligatoirement avec un capital social, ne serait-ce que pour répartir entre associés les droits sociaux ; mais la responsabilité indéfinie ou même solidaire des associés affaiblit extrêmement le rôle du capital dans ces sociétés et l'ordre public de sa protection y est pratiquement inexistant ou sans importance. En droit grec, il n'y a pas de disposition impérative de droit commun obligeant pour toute forme sociale les associés à la prévision d'un capital social et la notion de capital social n'existe pas en droit grec des sociétés de personnes (v. pourtant Partie II sur l'introduction statutaire de capital dans ces sociétés du droit grec, dans le cadre de montages donnant des éléments de sociétés de capitaux à des sociétés de personnes). Ainsi, pour le droit grec la responsabilité indéfinie et même solidaire des associés pour les dettes sociales des sociétés de personnes est réputée constituer un gage suffisant pour les créanciers sociaux<sup>349</sup>. Les choses sont bien sûr très différentes en matière des sociétés grecques de capitaux, le droit grec non seulement leur imposant historiquement la prévision de capital social (v. pourtant infra pour les évolutions récentes sur les EPE et IKE) mais les apports en industrie étant traditionnellement impérativement exclus du concours à la formation de ce capital (2, 8§5 L2190/1920 pour les AE, 4 par.1, 5 par.1, 6 par.2. L 3190/1955 pour les EPE et désormais art. 77 L4072/2012 pour les IKE- ces dispositions du droit grec précisent en plus que les apports en nature doivent être évaluables en argent), comme en droit français. Les deux droits excluent même historiquement la possibilité d'apports en industrie comme moyen d'acquisition de droits sociaux dans leurs sociétés de capitaux indépendamment de la formation du capital social, en liant étroitement participation à ces sociétés et participation au capital (ainsi toujours expressément L225-3 C.com. pour les SA) ; pourtant, aujourd'hui ils reconnaissent dans certaines formes sociales à risques limités la licéité de tels apports effectués en contrepartie de l'acquisition de droits sociaux (v. ainsi en droit français L223-7 C.com. pour les SARL, L227-1 al. 4 C.com. pour les SAS, et en droit grec 78 L4072/2012 pour les IKE, les apports en industrie devant être déterminés

---

<sup>348</sup> Ainsi G. Ripert-R. Roblot, t. 1, v. 2 (par M. Germain et V. Magnier), n° 1056-12.

<sup>349</sup> N. Rokas op.cit. p. 63-64, 90-91. V. toutefois V. Antonopoulos « Droit des sociétés de personnes », p. 323, sur le besoin d'un capital social pour la commandite simple, conçu comme l'apport du commanditaire et la limite de sa responsabilité pour les dettes sociales, ainsi que sur l'impossibilité de la distribution de l'actif y correspondant avant modification des statuts.

dans les statuts de cette forme sociale quant à leur contenu et durée)<sup>350</sup>. L'art. 79 de la loi sur les IKE reconnaît aussi des apports en garantie des dettes sociales dans cette dernière forme sociétaire, les apports en industrie et en garantie dans l'IKE ne concourant pas à la formation du capital, tout en donnant droit à l'acquisition de parts sociales ; ils ont en plus obligatoirement une valeur monétaire déterminée dans les statuts et inscrite dans les capitaux propres de la société, aussi bien dans l'actif que dans le passif de celle-ci, en jouant ainsi un rôle de quasi-capital, innovation importante du droit grec (v. aussi l'art. 82 sur la possibilité de transformation des apports en garantie en apports en capital avec rachat des premières et augmentation du capital)<sup>351</sup>.

### **Le minimum impératif du capital social – sa constitution et protection**

En matière de conception du rôle du capital social dans les sociétés à risque limité, la philosophie du droit français et du droit grec est, comme nous avons remarqué ci-dessus, dans une mesure importante la même, le droit communautaire ayant renforcé leur convergence. C'est pourquoi nous pouvons à cette place nous borner à suggérer seulement les grandes lignes des dispositifs d'ordre public sociétaire concernant le capital social, en insistant plutôt sur les différences rencontrées et sur les tendances d'évolution en la matière dans les deux pays. Il est vrai toutefois que ces tendances vont plutôt dans le sens d'un affaiblissement du rôle du capital social et de l'ordre public le protégeant. Ce qui est d'autre part sûr est que l'ordre public des sociétés à risques limités est dans les deux pays sous comparaison historiquement fondé sur la prévision de seuils minimums pour le capital social : le droit français fixe impérativement le capital minimum des sociétés par actions du droit commun à 37000 euros (L 224-2 C.com.) et fixait celui de la SARL à 7500 euros (ancien L

---

<sup>350</sup> Le droit grec reconnaît pour les EPE la possibilité de prévision statutaire d'apports supplémentaires en industrie, mais ces apports n'ouvrent pas voie à l'acquisition de parts supplémentaires pour les associés- art. 6 par.3 L3190/1955. Pour les AE même cette possibilité de prévision statutaire d'apports supplémentaires en industrie n'existe pas, sur le fondement du principe d'ordre public d'interdiction des obligations supplémentaires de l'actionnaire (v. supra); de tels apports peuvent être introduites à la charge de l'actionnaire seulement par le biais de pactes extra-statutaires (v. infra Partie II). Pour les apports en industrie dans les sociétés de personnes grecques v. les art. 742, 744, 764 par.2, 780 par.3 AK.

<sup>351</sup> Les créanciers sociaux ont une action directement contre l'associé de l'IKE apporteur en garantie pour toute dette de la société et ils peuvent se produire dans la procédure de faillite ouverte contre lui. L'associé apporteur en garantie n'a pas de droit de recours contre la société. L'apport en garantie est évaluée dans les statuts et est inscrite dans les capitaux propres de la société pour une valeur ne pouvant pas dépasser les 75 pour cent de la somme de la garantie. Sur l'ensemble des questions concernant le quasi- capital des apports en industrie et en garantie introduit pour les IKE v. G. Sotiropoulos, article précité sur cette forme sociale, p. 9 suiv.

223-2 C.com.). En 2003 le législateur français a toutefois supprimé l'exigence d'un minimum impératif légal du capital social pour les SARL (L223-2 C.com.), en laissant sa fixation absolument à la liberté statutaire, les SARL pouvant désormais être constituées avec un capital social de ... 1 euro. S'inscrivant, semble-t-il, dans une logique d'expérimentation pour une évolution plus générale vers le « capital-zéro », cette réforme a été reçue d'une manière contrastée par la doctrine française<sup>352</sup>. Malgré ces doutes, le législateur français a franchi en 2008 un pas encore plus important, en étendant la suppression de l'exigence d'un minimum impératif légal du capital social au domaine de la SAS (société par actions simplifiée – v. infra). Les actionnaires sont ainsi désormais libres de fixer le capital social pour cette forme de sociétés par actions particulièrement prisée sans plancher légal (L227-1 al.2 C.com.). Le droit grec exige un capital minimum de 24.000 euros pour les AE de droit commun (art. 8 par. 2 L2190/1920 -jusqu'en 2012 le minimum impératif était de 60.000 euros) et de 5000 euros ou la valeur correspondante à une autre monnaie pour la forme spéciale d'AE qu'est la société maritime (art. 5 par. 3 L959/1979). Il exigeait aussi jusque récemment un capital de 4.500 euros pour les EPE (avant 2009 le capital social minimum obligatoire était pour les EPE de 18.000 euros) ; pourtant, en 2013 une réforme de la loi a supprimé tout minimum légal impératif de capital social, en confiant la matière absolument à la liberté statutaire, l'EPE étant ainsi alignée en matière de capital social à la SARL française (art. 4 par. 2 L3190/1920). Pour ce qui concerne la forme sociale de l'IKE (introduite en 2012), la loi grecque la concernant avait exigé dans sa formulation initiale impérativement seulement un capital social de 1 euro, en imposant la souscription obligatoire d'au moins d'une part sociale (avec valeur minimum impérative de 1 euro) par le biais d'un apport en capital (en numéraire ou en nature- v. toutefois supra sur l' introduction d'une sorte de quasi-capital dans cette forme sociale) – solution qui semble inspirée par les évolutions du droit français présentées ci- dessus. En 2013, une réforme de la loi a ouvertement reconnu la possibilité de constitution d'IKE sans capital social, avec des apports seulement en industrie ou garantie (43 par. 3 L4072/2012). De la sorte, aujourd'hui des formes sociales des deux droits sous comparaison se présentant formellement comme sociétés de capitaux peuvent être constituées essentiellement sans capital social, l'ordre public sociétaire ayant reculé en la matière. Pour le reste, la fixation d'un montant de capital social au dessus du seuil minimum légal est au choix des associés pour les deux droits sous comparaison (du moins pour les sociétés du droit commun), sous réserve du problème

---

<sup>352</sup> V. ainsi Ph. Merle, n° 178, p. 202, qualifiant le nouveau dispositif quelque peu démagogique et potentiellement dangereux. V. aussi sur cette réforme Th. Massart, Bull. Joly 2002, p. 1361, L. Jobert, Dr. sociétés 2003, p. 3.

de la sous-capitalisation manifeste par rapport aux besoins de l'activité entreprise (v. infra). Il est aussi à noter que le droit français a supprimé les exigences impératives pour des minima de valeurs nominales pour les actions et les parts sociales comme fractions élémentaires du capital ainsi que l'exigence de l'introduction statutaire de telles valeurs nominales- mais cela ne signifie pas une altération du rôle traditionnel du capital, ni adoption du système américain des actions non par valeur. Par contre, le droit grec maintient des prévisions impératives quant à la valeur nominale des actions (les statuts peuvent fixer cette valeur entre 0,30 et 100 euros- art.14 L2190/1920 – pour les sociétés maritimes le minimum de valeur nominale par action est de 1 euro ou la valeur correspondante à une autre monnaie), des parts sociales des EPE (leur valeur nominale doit être de 30 euros ou un multiple de cette somme- art. 4 par.3 L3190/1955) et même pour les parts des IKE (valeur minimum obligatoire de 1 euro pour chaque part- art. 75 par.3 L4072/2012). Les deux droits prohibent aussi l'émission des actions ou des parts sociales des sociétés de capitaux au-dessous du pair, dans le souci de garantir la réalité du capital annoncé<sup>353</sup>.

Une fois le capital social librement fixé par les associés - avec la limite du seuil minimum légal là où il existe encore – les problèmes sont les mêmes pour l'ordre public sociétaire français et celui grec – abstraction faite de la problématique particulière des sociétés avec capital variable<sup>354</sup>: vérifier que le capital social annoncé a été effectivement souscrit, évaluer d'une manière fiable les apports en nature, organiser un dispositif efficace de libération des apports souscrits, garantir que les associés ne vont pas reprendre ce qu'ils ont apporté et subordonné à la priorité des créanciers (sur la protection de la réalité du capital social face au danger des participations croisées et d'autocontrôle - pratiques qui peuvent aussi constituer un moyen de « verouillage » du pouvoir dans la société - v. infra Partie II, à l'occasion du développement sur le « montage structurel » du groupes de sociétés). En insistant seulement sur les différences les plus importantes, nous pouvons relever que pour le droit français les souscriptions dans les SA doivent se faire intégralement avant la signature des statuts, les souscripteurs devant libérer immédiatement au moins la moitié de la valeur nominale de leurs apports en numéraire (L225-3, L225-12 C.com.), le droit français

---

<sup>353</sup> Sur ce dernier aspect v. expressément 14 par.2 L2190/1920. Sur l'évolution du droit français en matière de la valeur nominale v. plus généralement P. Didier t.2, p. 98.

<sup>354</sup> Le droit français reconnaissait traditionnellement la possibilité de constitution de sociétés de capitaux à capital variable, les associés ou actionnaires pouvant dans ces sociétés sous certaines conditions exiger de la société le rachat de leurs parts ou actions, avec réduction consécutive du capital social. L'harmonisation du droit français avec le droit communautaire a toutefois abouti à l'exclusion de cette possibilité pour les SA, sauf dans le cas des coopératives et des SICAV (art. L231-1 suiv. C.com.) – v. M-H. Monserié-Bon « Sociétés à capital variable », in *Repertoire de droit des sociétés* Dalloz. A la différence du droit français, en droit grec la constitution de sociétés de capitaux à capital variable n'est pas possible, sauf pour les coopératives et les SICAV grecques.

obligeant ainsi les actionnaires à « exécuter leur contrat de société avant de l'avoir conclu »<sup>355</sup>: le pacte social est ainsi signé seulement au vu de la souscription de la totalité du capital social énoncé dans les statuts de la société anonyme, dans un souci de protection des actionnaires<sup>356</sup>. Les apports en nature sont d'ailleurs traditionnellement impérativement évalués avant la signature des statuts par des commissaires aux apports nommés à l'unanimité des fondateurs ou à défaut en justice, à la demande des fondateurs ou de l'un d'entre eux (v. L225-8 C.com.). L'évolution du droit communautaire avec la directive 2006 / 68 a permis toutefois au législateur français de dispenser dans certains cas la procédure de constitution du recours au commissaire aux apports (L225-8-1 C.com.- il s'agit des cas d'apport de valeurs mobilières cotées sur un marché réglementé ou d'instruments monétaires négociés sur un tel marché ou d'autres éléments d'actif ayant fait l'objet d'une évaluation récente). Le droit grec de l'AE oblige traditionnellement les actionnaires à souscrire l'intégralité du capital social au moment de la signature des statuts, comme le droit français, sauf en cas –pratiquement non utilisé – de constitution avec appel public à l'épargne (dans ce cas la souscription pouvait être faite jusqu'au dépôt du dossier à l'administration pour autorisation de la constitution); il oblige aussi les actionnaires à libérer les apports au plus tard avant la constitution de la société comme personne morale (en étant ainsi sur ce point plus souple que le droit français) et il accepte (comme le droit français) la libération partielle des apports en numéraire, avec toutefois comme minimum obligatoire immédiatement libéré le quart de la valeur nominale des actions. Le seuil minimum de 24.000 euros doit en tout cas impérativement être entièrement libéré avant la constitution de l'AE comme personne morale (art. 8 §1,12,13 L 2190/1920 – pour la forme spéciale d'AE qu'est la société maritime le minimum de capital social de 5.000 doit être entièrement en numéraire et être libéré dans les deux jours qui suivent sa constitution comme personne morale –art. 2 L959/1979)<sup>357</sup>. Le rôle de l'administration grecque était

---

<sup>355</sup> P. Didier, t. 2, p. 137. Pour les apports en nature à la SA, le droit français prévoit seulement que "les actions d'apport sont intégralement libérés dès leur émission" (art. L225-3 C.com), formule qui a seulement le sens, semble-t-il, que le transfert de propriété s'effectue pour les apports en pleine propriété au moment de l'immatriculation de la SA, la question de la détention des biens corporels apportés durant la période de formation restant quelque peu floue, comme c'est plus généralement le cas pour les apports en nature durant la période en formation en droit français - v. sur la libération des apports en nature dans les SA P. Le Cannu-B. Dondero, no 647, et plus généralement sur la société en formation et les apports en nature ibid nos 222, 336.

<sup>356</sup> V. aussi art. L225-5 C.com. sur le dépôt obligatoire auprès d'un dépositaire habilité des fonds provenant de la libération des apports en numéraire jusqu'à la constitution de la société, ces sommes étant indisponibles durant la formation et avant la constitution- v. Traité de Ripert et Roblot par M. Germain-V. Magnier, no 1444 suiv.

<sup>357</sup> V. aussi l'art. 11 par.6 de la même loi imposant, comme le droit français, la libération des apports en numéraire par dépôt des fonds à un établissement de crédit au nom –ou mieux au profit- de

traditionnellement fondamental et d'ordre public dans le contrôle du respect des dispositions impératives sur la souscription et libération du capital social, ainsi que sur l'évaluation des apports en nature dans la constitution de la société, différence majeure avec le droit français et preuve de l'importance de l'AE pour l'intérêt général dans la conception grecque de la société anonyme (art. 52 L2190/1920). Ce rôle a toutefois diminué avec la réforme de 2007 et encore davantage avec celle de 2010 du droit des AE (v. supra), au profit du contrôle par le notaire rédigeant l'acte de constitution et les statuts et immatriculant la société (v. supra) ainsi que de contrôles et sanctions en aval, une fois la société constituée. En plus, comme en droit français, l'évaluation des apports en nature n'est pas dans certains cas désormais nécessaire (art 9-11 L 2190/1920)<sup>358</sup>. En ce qui concerne les SARL, le droit français a

---

l' AE en formation ; mais pour les sociétés non cotées la libération qui n'a pas été effectué par dépôt au compte spécial n'est pas nulle si la somme en cause est déposée ultérieurement ou si elle a été employée pour les besoins de la société-v. V.Antonopoulos, op.cit., p.144.

<sup>358</sup> L'administration grecque nommait traditionnellement la commission d'experts (fonctionnaires ou commissaires aux comptes et un expert de la Chambre de commerce du siège social) compétente pour l'évaluation des apports en nature nécessaire pour donner son autorisation de constitution (v. supra), sans être engagée par le rapport de la commission (qui devait lui être soumis dans les deux mois et était destiné aux formalités de publicité de l'art. 7b) quant à l'évaluation effectuée. Elle contrôlait d'ailleurs traditionnellement plus généralement la souscription de l'intégralité du capital social et la légalité des apports en nature – objet et valeur- avant l'octroi de son autorisation. Bien que l'article 52 demeure en vigueur, le contrôle administratif en amont de la souscription du capital et de la valeur des apports en nature doit être réputé totalement supprimé avec la réforme de 2010 pour les AE de droit commun (v. supra- un tel contrôle demeure pour les AE de droit spécial mentionnées ci-dessus). Ce qui demeure pour les AE de droit commun est un contrôle administratif en aval, une fois la société constituée, avec en plus des moyens atténués. Le conseil d'administration de toute AE doit ainsi toujours rédiger un rapport dans les deux mois dès la constitution certifiant la libération du minimum obligatoirement immédiatement libéré des apports en numéraire et des apports en nature, ces apports libérés devant impérativement couvrir le minimum légal du capital de 24.000 euros, et le soumettre sous sa responsabilité à l'administration grecque (le rapport étant aussi destiné aux formalités de publicité de l' art. 7b), sous peine en cas d'omission dans le passé de révocation de l'autorisation de constitution par l' administration, pouvoir aujourd'hui supprimé (v. infra sur la possibilité de l'administration de demander dans ce cas la dissolution en justice de la société). Si la disposition sur la nomination de la commission d'experts par l'administration demeure en vigueur, cette immixtion de l'administration peut aujourd'hui être écartée par le biais du recours direct à des commissaires aux comptes nommés par les fondateurs pour évaluer les apports, le rapport des commissaires devant toujours être publiée (art.9 par.4 L2190/1920). Bien que la loi ne soit pas explicite, on doit admettre que le notaire jouant le rôle du « service de station unique » pour la constitution de l'AE (v. supra) doit vérifier la souscription de l'intégralité du capital, la libération du minimum légal des 24.000 euros et du minimum immédiatement libéré pour les apports en numéraire et l'existence d'une évaluation des apports en nature avant de procéder à l'immatriculation de la société. La réforme de 2007 du droit des AE a en plus exploité les nouvelles possibilités offertes par l'évolution du droit communautaire plus largement que le droit français, en dispensant de l'évaluation des apports en nature aussi dans le cas d'apports de biens évalués récemment dans les comptes d'une société –v. sur la procédure que le conseil d'administration de l' AE doit suivre dans les cas de non évaluation des apports en nature art. 9a L2190/1920. Sur l'ensemble de ces questions en droit grec v. E. Perakis « Le nouveau droit de l'AE », p. 8, N. Rokas « Sociétés commerciales », p. 207 suiv. et pour le régime antérieur à la réforme de 2007 – M. Tsikouri in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 2A, p. 425 suiv.

adopté dès 2001 un dispositif analogue à celui des sociétés par actions pour la souscription et la libération du capital social, tout en étant plus libéral que pour les SA (libération obligatoire immédiate du cinquième des apports en numéraire, possibilité sous conditions assez libérales d'écarter à l'unanimité des fondateurs le recours à un commissaire aux apports, avec toutefois comme « contrepartie » la responsabilité solidaire des fondateurs pour cinq ans pour la valeur retenue des apports en nature –art. L223-7, L 223-9 C.com.)<sup>359</sup>. Pour les EPE, le droit grec, assez sévère en la matière, prévoyait impérativement la libération immédiate lors de la conclusion du pacte social de la totalité du capital social souscrit, en renvoyant à l'application par analogie des dispositions sur les AE pour l'évaluation des apports en nature. La valeur des apports en nature ne pouvait en plus dépasser dans cette forme sociale la moitié du capital social. Pourtant, en 2013 une réforme de la loi a supprimé toute obligation de libération minimum du capital (qui d'ailleurs est désormais librement fixé par les statuts, sans minimum légal – v. supra), tout en prévoyant que si l'évaluation des apports en nature aboutit à un résultat inférieur à l'évaluation des statuts, il y a obligation de l'apporteur de couvrir en numéraire la différence (art. 4,5 L3190/1955 dans leur rédaction actuelle). Pour ce qui concerne les IKE, le droit grec impose la libération immédiate du capital (v. pourtant supra sur la possibilité de constitution d'IKE sans capital- en plus, la sanction de la non libération est seulement la réduction du capital par le gérant), en renvoyant aux dispositions sur l'AE pour l'évaluation des apports en nature, avec en plus dispensation d'une telle évaluation si les statuts évaluent l'apport en nature pour une somme au-dessous de 5.000 euros (art.77 par.3, 4 L4072/2012). Les deux droits -français et grec- acceptent bien sûr –tout en les encadrant impérativement- les augmentations du capital social durant le fonctionnement de la société (v. infra), sous la condition toutefois en droit français pour toute augmentation du capital en numéraire de la libération totale du capital initial de la société (L225-131, L223-7 C.com.). Ils prévoient aussi la possibilité de réduction du capital social des sociétés des capitaux non motivée par des pertes aboutissant au retour aux associés avant la dissolution de la société d'actif par eux apporté et subordonné à la priorité des créanciers, sous réserve toutefois de dispositions impératives similaires mais pas identiques de protection des créanciers sociaux et de respect du principe de l'égalité des actionnaires et associés (art. L 225-204, L225-

---

<sup>359</sup> Pour les possibilités offertes par le droit français d'éviter le recours à un commissaire aux apports pour l'évaluation des apports en nature des SARL v. Ph. Merle, n° 180.



205., L 223-34 C. com., art. 4 §3-5, 8 §6 L 2190/1920, 41-43 L 3190/1955, 81,91 L4072/2012)<sup>360</sup>.

Plus généralement, si l'intangibilité du capital social annoncé demeure aujourd'hui le principe pour le droit français et le droit grec des sociétés de capitaux, les dispositifs légaux d'ordre public destinés à assurer l'engagement des associés dans la société comme « créanciers de dernier rang » – position en principe liée à la notion de capital social mais aussi à la légitimité de l'exercice du pouvoir dans l'entreprise pour le compte des actionnaires- sont en voie d'assouplissement. Les actionnaires et associés peuvent ainsi dans certains cas se payer sur l'actif social pour leur mise initiale déjà durant la vie de la société même sans réduction de capital non motivée par les pertes, le « gage » des créanciers n'étant pas par conséquent entamé, du moins si l'on l'identifie avec le capital (v. supra sur le débat). Les deux droits reconnaissent ainsi depuis longtemps la possibilité d'« amortissement du capital social » des sociétés anonymes (L 225-198 suiv. C.com., 15a L2190/1920), opération nécessitant décision de l'assemblée ordinaire sur fondement de prévision statutaire ou décision de l'assemblée extraordinaire (et sous réserve de la ratification par les assemblées spéciales des actionnaires titulaires éventuellement de catégories différentes d'actions en droit français ou de l'assemblée spéciale de la catégorie

---

<sup>360</sup> La réduction du capital est dans les deux droits toujours de la compétence de l'assemblée générale extraordinaire des SA/AE; un rapport préalable d'un commissaire aux comptes est exigé en droit français pour la délibération de l'assemblée (une pareille exigence existait en droit grec avant 2007, mais elle a été supprimée par la réforme de cette année). En droit français, le tribunal peut à la suite de l'opposition exercée soit par le représentant de la masse des obligataires, soit par tout créancier dont la créance est antérieure au dépôt au greffe de la délibération de la réduction, ordonner le remboursement des créances ou la constitution de garanties, si la société en offre et elles sont jugées suffisantes; il peut aussi toutefois rejeter l'opposition s'il juge que la réduction ne met pas en danger les droits des créanciers. Le droit grec se veut plus protecteur des droits des créanciers des AE, en imposant ex lege à la société réduisant son capital avant tout paiement effectué aux actionnaires de rembourser les dettes exigibles de la société au moment de la publicité de la délibération selon l'art. 7b de la loi et de constituer des garanties suffisantes pour les créanciers dont les créances ne sont pas exigibles, sous peine de nullité du paiement; c'est sur le fondement de la mise en risque du remboursement de leurs créances et de l'inexistence ou insuffisance des garanties offertes que s'exerce l'opposition des créanciers, le tribunal permettant dans le cas d'une opposition admise le paiement aux actionnaires seulement sous condition de remboursement des créances exigibles et de constitution de garanties suffisantes pour les autres. Le droit grec prévoit aussi une exigence de décisions des assemblées spéciales des catégories spéciales d'actionnaires approuvant la réduction. La réduction du capital est d'ailleurs en droit grec toujours soumise à une autorisation administrative dans les AE dont la constitution nécessite encore une telle autorisation (v. supra)- il s'agit d'une autorisation octroyée après contrôle de légalité et non -comme c'était le cas avant 2007 - d'opportunité de la réduction (ce contrôle d'opportunité concernait la solvabilité de l'AE après réduction et se faisait sur le fondement du rapport du commissaire aux comptes). V. sur l'ensemble du sujet, le nécessaire respect de l'égalité des actionnaires et les techniques de la réduction Ph. Merle n<sup>os</sup> 227 (SARL), 587 (SA), V. Antonopoulos, op. cit., p.209 suiv. (AE), 607 suiv. (EPE), N. Rokas, op. cit., p. 454 suiv. (AE), 562 suiv. (EPE).

d'actionnaires dont les droits sont touchés par la décision en droit grec) ; cette opération ne constitue pas réduction du capital, étant effectuée avec prélèvement sur des fonds distribuables ou réserves spéciales pour rembourser aux actionnaires la valeur nominale de leurs actions<sup>361</sup>. Les deux droits ont en plus – d'abord le droit français et ensuite celui grec – atténué ou même renversé le principe traditionnel d'ordre public de l'interdiction du rachat par la société anonyme de ses propres actions sans réduction du capital, tout en encadrant impérativement les opérations de rachat, dans le but d'assurer l'équilibre des intérêts impliqués (art. L225-206 suiv. C.com., 16 L2190/1920)<sup>362</sup>. La réforme du droit grec des

---

<sup>361</sup> V. sur l'amortissement du capital M. Cozian-A. Viandier- Fl. Deboissy no 858 , N. Rokas p. 396

<sup>362</sup> Bien sûr, le rachat par la société anonyme de ses propres actions peut être une modalité de réalisation d'une réduction du capital non motivée par des pertes, le rachat étant dans ce cas suivie de l'annulation des actions acquises. En dehors de ce cas, le droit français permet le rachat pour les sociétés de droit commun seulement pour des objectifs déterminés dans la loi (attributions d'actions aux salariés et application de plans de stock-options, mais aussi depuis mars 2012 dans le but de leur échange dans le cadre d'opérations de restructuration ou même dans celui de leur vente à d'autres actionnaires, des délais impératifs étant prévus pour la réalisation de ces objectifs, sous peine d'annulation des actions autodétenues). Par contre, le droit grec a libéralisé depuis 2007 les finalités du rachat en principe pour toutes les sociétés anonymes (avant 2007 il y avait prohibition de principe de rachat par la société de ses propres actions, avec toutefois des exceptions importantes). Un délai impératif de disposition des actions ainsi acquises est prévu seulement pour les actions acquises pour être distribués aux salariés. V. infra Titre II sur la problématique et le régime particulier du rachat dans les sociétés cotées, dans lesquelles la question du rachat présente son intérêt principal et où le droit français est en principe plus libéral que pour les sociétés de droit commun. Pour les deux droits les actions acquises par la société doivent impérativement être totalement libérées, sous peine en droit français d'engagement de la responsabilité des administrateurs pour la somme non libérée. Les deux droits plafonnent impérativement à dix pour cent du capital social - libéré pour le droit grec, en plus dix pour cent pour chaque catégorie d'actions pour le droit français- les actions acquises par la société elle-même ou par personne agissant pour son compte (plafond de cinq pour cent en droit français pour les actions acquises dans le but d'être échangées dans le cadre d'opérations de restructuration et qui peut être dépassé temporairement en droit grec dans le cadre de distribution d'actions aux salariés). L'acquisition nécessite d'ailleurs décision de l'assemblée des actionnaires, elle doit respecter l'égalité des actionnaires et ne doit pas entamer les capitaux propres correspondant au capital social et aux réserves obligatoires de la société (v. en plus art. L225-10 al.4 C.com., 16 par.8 L2190/1920 sur l'exigence du respect d'une réserve spéciale correspondant à la valeur des actions autodétenues). Les actions acquises par la société elle-même sont pour les deux droits soumises à des régimes impératifs particuliers similaires (absence de droit de vote et de calcul pour le quorum, les dividendes y correspondant sont distribués aux autres actionnaires, suppression du droit préférentiel de souscription pour la société- v. plus particulièrement sur ce dernier aspect les dispositifs similaires des art. L225-210 al.5 C.com, 16 par.8 L2190/1920, pour le droit français nominativité obligatoire des actions autodétenues). Les actions autodétenues en violation des prévisions légales doivent pour les deux droits impérativement être cédées dans le délai d'un an dès leur acquisition, sous peine de leur annulation (v. 225-214 C.com., 16 par.7 L2190/1920 ; sous menace d'amende administrative pour les membres du conseil d'administration en droit grec). Les deux droits prévoient une série d'exceptions à ces dispositifs de base - notamment pour les acquisitions de ses propres actions par la société à la suite de transmission universelle du patrimoine ou dans le cadre de voies d'exécution et en plus pour le droit grec dans les cas d'exercice du droit des actionnaires minoritaires

sociétés anonymes en 2007 a en plus assoupli sous une série de conditions impératives l'interdiction traditionnelle (visant à la protection du capital et liée à la prohibition aussi traditionnelle de l'acquisition par la société de ses propres actions) d'octroi par la société de prêts, de fonds et de garanties dans le but d'acquisition de ses actions par un tiers (art. 16a L 2190/1920) – une interdiction qui demeure plus sévère en droit français (L225-216 C.com.)<sup>363</sup>. Le droit grec a aussi introduit en 2007 la possibilité d'augmentation du capital social par émission d'actions rachetables sur décision unilatérale de la société, avec retour de la valeur de l'apport à l'actionnaire sans réduction du capital, toujours avec protection des capitaux propres non distribuables (art. 17b L2190/1920)<sup>364</sup>. Il demeure que les deux droits interdisent absolument la souscription par une société anonyme de ses propres actions, comme moyen de protection de la réalité du capital, soit à la constitution, soit dans le cadre d'une augmentation de capital, soit directement, soit par personne interposée (art. L 225-206 C.com., 15 b L2190/1920 – v. infra, Partie II, sur la question de la souscription par des sociétés contrôlées) ; le droit grec prévoit qu'en cas de souscription par personne interposée c'est cette dernière qui est réputée avoir souscrit des actions pour son compte, tandis qu'en tout cas les fondateurs ou administrateurs sont tenus pour la libération du capital social qui a été souscrit en violation de l'interdiction de souscription de son capital par la société elle-même, sauf s'ils prouvent l'absence de faute de leur part, tandis que le droit français introduit une telle obligation des fondateurs, administrateurs et membres du

---

de demander à la société le rachat de leurs actions (v. infra) – mais même dans ces cas la société doit dans des délais impératifs céder les actions si le seuil de dix pour cent est dépassé, sous peine de leur annulation (L225-13 C.com., 16 par. 4 L2190/1920, ce dernier article imposant dans ces cas le respect du capital et des réserves obligatoires). V. M. Cozian-A. Viandier - Fl. Deboissy, n<sup>os</sup> 797 suiv., Ph. Merle 279 suiv., E. Perakis « Le nouveau droit... », p. 34, N. Rokas, op. cit., p. 387 suiv..

<sup>363</sup> Le droit grec a bénéficié de la marge de liberté laissée par la directive 2006/86/CE pour permettre des prêts, aval ou garanties par la société anonyme à des tiers dans le but de rachat de ses propres actions, toutefois sous conditions d'ordre public visant à la protection de l'intérêt social (termes équitables de la transaction pour la société en ce qui concerne les taux d'intérêts et les garanties obtenues, solvabilité du bénéficiaire du financement, décision préalable de l'assemblée générale extraordinaire – les statuts pouvant avoir augmenté le quorum et la majorité exigés- sur le fondement d'un rapport du conseil d'administration, maintien des capitaux propres de la société au-dessus de la somme du capital social et des réserves obligatoires, constitution de réserve spéciale correspondant à la valeur du financement). Tout octroi d'un pareil soutien pour l'acquisition des actions de la société sans respect de ces conditions est expressément frappé de nullité. Le droit français prévoit quant à lui des exceptions au principe de l'interdiction pour les opérations courantes des entreprises de crédit et pour les opérations visant à l'acquisition d'actions par les salariés, exceptions reprises par le droit grec, sous la condition de sauvegarde des capitaux propres non distribuables.

<sup>364</sup> Sur les actions rachetables, v. N. Rokas, p. 397. L'émission d'actions rachetables nécessite prévision statutaire, le rachat doit concerner des actions entièrement libérées et il ne doit pas porter atteinte aux capitaux propres non distribuables, tandis qu'est prévue en plus la constitution d'une réserve spéciale non distribuable correspondant à la valeur du rachat.

directoire en renvoyant au régime de leur responsabilité selon le droit des sociétés (v. infra). Dans la même finalité, les deux droits prohibent la prise par la société (pour le droit français directement ou par personne interposée) comme gage de ses actions, avec comme exception les opérations courantes des établissements de crédit (L225-215 C.com., 17 par.1 L2190/1920 –v.infra Partie II sur ces questions dans le cadre du groupe de sociétés). Demeure aussi bien sûr le rôle d'ordre public du capital social (avec les réserves obligatoires-v. infra) comme plancher pour les distributions que les sociétés à risques limités peuvent faire à leurs associés ou actionnaires durant leur fonctionnement sur leurs capitaux propres (art L232-11 C.com., disposition il est vraie commune pour toutes les sociétés commerciales mais jouant son rôle essentiel dans les sociétés à risques limités, 44a L2190/1920, 35 L3190/1955). Pour la nouvelle forme sociale de l'IKE, la loi ne prévoit pas expressément un tel rôle du capital, qui peut d'ailleurs être inexistant ; on doit toutefois accepter en cas de prévision statutaire d'un capital l'application analogique des dispositions sur les autres sociétés à risques limités du droit grec et on doit en plus admettre que la distribution ne peut pas diminuer les capitaux propres au-dessous de la somme du capital et de la valeur statutaire des apports en industrie et en garantie inscrites selon l'art. 80 aux capitaux propres de la société comme quasi-capital (v. supra)<sup>365</sup>. En plus, les deux droits sous comparaison sont méfiants et restrictifs quant à l'acquisition des actions d'une société « mère » par une des sociétés par elles contrôlées –parce qu'il y a dans ce cas entre autres dangers un danger évident de fictivité du capital social (v. infra, Partie II).

### **Le financement par les bénéfices, le financement externe de la société et leur impératif**

Outre le financement de la société par les apports, la société peut être financée durant son fonctionnement par ses bénéfices non distribués mais aussi par le recours au financement externe. En ce qui concerne le financement par les bénéfices, les deux droits – français et grec- imposent à leurs sociétés de capitaux la constitution impérative de réserves obligatoires (L232-10 C.com., 44 L2190/1920, 24 L3190/1955), destinées à constituer une garantie supplémentaire pour les créanciers sociaux, tout en présentant une différence importante quant à la hauteur de cet engagement impératif des bénéfices<sup>366</sup>. En ce qui

---

<sup>365</sup> V. en sens G. Sotiropoulos, art. précité sur les IKE, p. 19.

<sup>366</sup> La réserve obligatoire, constituée de prélèvements sur les bénéfices de l'exercice, est à la hauteur du dixième du capital en droit français, du tiers du capital pour le droit grec. Bien sûr, l'introduction de la possibilité de SARL et les SAS du droit français et des EPE de droit grec avec un capital social de 1 euro rend illusoire le rôle des réserves obligatoires dans ces sociétés. Pareille est bien sûr la situation dans les sociétés françaises de personnes, auxquelles l'art. L232-10 est applicable, mais dans lesquelles il n'y a pas de minimum impératif de capital.

concerne le financement externe – les emprunts- sa forme la plus importante d'un point de vue juridique mais aussi économique est bien sûr celle du prêt obligataire, à savoir celle financée par l'émission de valeurs mobilières – de titres négociables fongibles – représentant chacune une fraction du prêt, souvent suivie d'appel public à l'épargne<sup>367</sup>. Parmi les différents types de sociétés, l'émission d'obligations était traditionnellement impérativement réservée en droit français et en droit grec aux seules sociétés par actions – mais le législateur français a permis en 2004 sous conditions de droit impératif (nominativité et prohibition de l'offre au public) l'émission d'obligations par les SARL (L223-11 C.com. - pour les obligations en général v. L228-39 suiv. C.com.). Historiquement la distinction entre actions – incorporant impérativement une fraction du capital et des droits sociaux et soumises aux aléas de la vie sociale – et obligations – incorporant impérativement seulement une fraction d'un prêt à la société et une relation de créancier à débiteur – était claire et d'ordre public dans les deux pays sous comparaison, la France et la Grèce –en exprimant un *numerus clausus* des titres que les sociétés par actions pouvaient émettre. Toutefois, les besoins de financement des sociétés ont amené depuis longtemps les deux droits à reconnaître l'émission d'obligations pouvant donner accès au capital qui avaient d'abord fait leur apparition comme constructions d'origine privée, autrement dit essentiellement des montages<sup>368</sup>. Le droit français a en plus brouillé davantage la distinction traditionnelle, en introduisant certaines formes de créances subordonnées qu'on pourrait qualifier de quasi-fonds propres et en permettant la scission de l'action en deux titres, l'un entre eux exprimant seulement les droits pécuniaires de participation dans la société (certificat d'investissement, titre aujourd'hui en voie de disparition, L 228-30 C.com.)<sup>369</sup>. Le droit grec avait quant à lui même reconnu la possibilité d'émission d'actions à taux d'intérêt (art. 3 par.2 L2190/1920 -v. infra sur les restrictions visant à la protection du capital). En 1983 le droit français a en plus libéralisé totalement la matière et a prévu que les sociétés par actions peuvent émettre toute forme de valeur mobilière, en dépassant le *numerus clausus* traditionnel des actions et des obligations (aujourd'hui L228-1 al. 1 C.com.) – sous réserve d'ordre public qu'un titre de capital ne puisse pas se transformer en titre de créance

---

<sup>367</sup> Pour l' « économie » de la relation entre le capital social et l'emprunt v. P. Didier, t. 1, n<sup>o</sup> 245, Th. Massart « La société sans apport », in Mélanges P. Didier, *Economica* 2008, G. Sotiropoulos « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis) t. 1, p. 373 suiv. (avec présentation du « théorème » de Montigliani-Miller). Du point de vue d'un économiste v. J. Stiglitz « Principles of modern economics » (« Principes d'économie ») trad. en français De Boeck 2001, p. 418. V. aussi L. Batch « Le capitalisme financier », éd. La Découverte 2004.

<sup>368</sup> V. sur l'histoire de cette évolution P. Didier, t. 3, p. 112 suiv.

<sup>369</sup> Sur ces titres représentant des quasi-fonds propres (prêts participatifs – L213-15 suiv. Code Mon. Fin., titres participatifs-L 228-36 suiv. C. Com.) v. P. Didier t. 2, p. 106, Ph. Merle, n<sup>o</sup> 40, 267 (p. 300), 367 suiv.

(L228-91 al.5 C.com.). En 2004, il a en plus supprimé la réglementation spéciale auparavant en vigueur des valeurs mobilières « nommées » donnant accès au capital ou à l'attribution de titres de créances qu'une société par actions pouvait émettre, en se restreignant seulement à énoncer un tracé général concernant l'émission de valeurs mobilières (L228-91 suiv. C.com.)<sup>370</sup>. Plus conservateur en la matière, le droit grec a maintenu pour le moment un *numerus clausus* d'ordre public des actions et obligations qu'une société anonyme peut émettre, l'émission d'obligations pouvant, sans être totalement libéralisée comme en droit français, porter sur des obligations remboursables ou convertibles en actions ou offrant participation aux bénéficiaires ou d'autres prestations supplémentaires (v. art. 3a, 3b L2190/1920, 7-9 L3156/2003)<sup>371</sup>. Les obligations et titres mixtes émis par les sociétés françaises sont aujourd'hui impérativement dématérialisés, indépendamment de leur cotation ou non (L 228-1 al.6 C.com.), tandis que la dématérialisation des obligations est facultative en droit grec - mais la cotation des obligations suppose leur dématérialisation (1 § 1 L3156/2003)<sup>372</sup>.

#### **Ordre public sociétaire, financement des sociétés et montages**

De la comparaison de l'impératif du droit français et du droit grec en ce qui concerne le financement des sociétés, il résulte que les deux droits sont caractérisés traditionnellement par des dispositifs imposants d'ordre public concernant le capital social dans les sociétés à risques limités, des dispositifs qui pourtant perdent aujourd'hui leur sens dans certaines formes sociales des sociétés à risques limités pour lesquels est reconnue la possibilité de constitution pratiquement sans capital. Des tendances d'assouplissement existent aussi pour ce qui concerne le contrôle des apports en nature, la participation à des sociétés à risques limités par le biais d'apports autres qu'en capital, la compétence pour décider une augmentation de capital, le rachat par la société de ses propres actions, les valeurs mobilières que les sociétés peuvent émettre. D'autre part, le financement des sociétés est bien sûr un domaine principal de construction de montages sociétaires : financement de la société par les associés par le biais de modes alternatifs aux apports, constructions de

---

<sup>370</sup> Sur la réforme de 1984 v. P. Didier, t. 3, p. 87. Sur la réforme effectuée par l'ordonnance du 24 septembre de 2004 v. Th. Bonneau, *Dr. des sociétés* 2004, n° 153, P. Le Cannu, *RTD com.* 2004, 2001, Dossier Actes pratiques sept.-oct. 2004.

<sup>371</sup> Sur le régime actuel des obligations et de leur impératif en droit grec v. L3156/2003 (les dispositions de la loi sur les AE en matière d'émission d'obligations étant désormais applicables seulement à titre supplémentaire), N. Rokas p. 400 suiv.. V. aussi G. Sotiropoulos "Droit de la société anonyme" (dir. E. Perakis) t. 1, p. 438 suiv. Sur le rôle de la masse des obligataires et ses pouvoirs dans les deux droits v. Ph. Merle n°s 339 suiv., N. Rokas, p. 401.

<sup>372</sup> V. sur la dématérialisation des obligations 1 § 1, 6 L 3156/2003, K. Christodoulou (en grec) « Titres d'obligations dématérialisés », *El. Dik.* 2004, 856 suiv.

subordination des créances, exploitation des « effets de levier » pour l'acquisition du contrôle des sociétés avec le moindre financement possible, efforts de sortir de la société des flux patrimoniaux que le droit des sociétés entend restreindre, opérations de réduction du capital comme préalable nécessaire à son augmentation, augmentations ou réductions du capital liés à des jeux de pouvoir dans la société, efforts d'ouvrir la société au financement externe sans en perdre le contrôle – ne sont que certaines des thématiques des montages présentés en la matière. Si certains de ces efforts ont lieu dans le souci de faire face à des besoins réels de la vie des sociétés et font preuve d'une réelle inventivité, d'autres cas de figure constituent des procédés effectués sans beaucoup de souci pour les limites entre le licite et l'illicite ou même avec des finalités sans aucun doute illicites<sup>373</sup>. Plus particulièrement pour les montages organisant des modes alternatifs de financement par rapport aux apports en capital (notamment des prêts des associés à la société), s'est posée la question de leur utilisation par les associés comme moyen d'échapper au risque traditionnellement lié à la notion de capital (v. supra), et par conséquent celle du besoin éventuel de leur assimilation impérative au capital pour restaurer le lien entre risque et pouvoir dans la société. On pourrait dire que les montages les plus caractéristiques et les plus indicatifs pour l'esprit du capitalisme contemporain en matière de financement des sociétés sont ceux liés aux opérations de capital-investissement et ceux avec recours à l'effet de levier (LBO) – tous deux intimement liés par ailleurs aux problèmes du pouvoir au sein des sociétés, la seconde notamment de ces deux catégories de montages donnant lieu à des contestations et des débats quant à ses finalités et utilité (v. infra Partie II). Plus généralement, il est vrai que le déclin de la notion de capital social que nous avons présenté ci-dessus et la diminution des exigences impératives le concernant dans les deux droits sous comparaison facilitent les montages instrumentalisant les sociétés à des fins atypiques ou même douteuses, au-delà de leur destination typique légale de constituer des formes juridiques de financement et de gouvernance des entreprises privées. Très intéressants sont d'ailleurs les montages de financement de sociétés au sein du « montage structurel » qu'est le groupe de sociétés, impliquant notamment transfert de ressources d'une société membre du groupe à une autre, avec les problèmes qu'ils soulèvent de l'équilibre des intérêts impliqués dans le groupe et du partage du licite et de l'illicite dans ces opérations. En ce qui concerne un autre aspect de la question du financement, si les associés sont en principe libres de fixer le capital de leur société -au-dessus du seuil minimum légal, là où il

---

<sup>373</sup> Sur les montages en matière de financement des sociétés v. à titre indicatif J-Ph. Dom, thèse précitée, not. nos 74 suiv, F-D. Poitral « Le capital investissement », Revue Banque éditeur 2007, 3<sup>e</sup> édition.

existe encore-, la sous-capitalisation de la société par rapport aux besoins de l'activité exercée peut poser la question de l'existence de montages d'instrumentalisation de la société dans le but de fraude, notamment aux droits des créanciers, avec organisation d'une séparation artificielle entre les profits et les risques de l'exploitation, le problème se posant par conséquent de la réaction de l'ordre public économique à de tels montages dangereux pour la vie des transactions<sup>374</sup>.

## **B. Le pouvoir au sein des sociétés**

### **Le problème des finalités du pouvoir en droit des sociétés – l'intérêt social**

Organisations de poursuite collective d'intérêts économiques, les sociétés sont par excellence des lieux de développement du phénomène du pouvoir en droit privé, et plus particulièrement du pouvoir économique<sup>375</sup>. Les situations de déséquilibre des forces entre associés (phénomène accentué suivant le type social), les conflits d'intérêts, la dissociation entre la « propriété » (l'actionnariat souvent dispersé) et le contrôle (les « managers » professionnels ou les actionnaires de contrôle), la prise de conscience de la fonction des sociétés comme organisations juridiques des entreprises – tous ces facteurs ont posé avec acuité les problèmes des finalités et des limites de l'exercice de ce pouvoir au sein des sociétés, notamment celles ayant revêtu la forme juridique de société anonyme. En simplifiant peut-être trop, nous pouvons dire que deux conceptions s'opposent quant aux finalités du pouvoir sociétaire dans les grandes entreprises, notamment dans la doctrine française, au prolongement des débats sur la nature des sociétés (v. supra sur les questions de la société comme contrat et comme personne morale). La première, plus traditionnelle, les voit servir les intérêts des seuls associés, dont les dirigeants sont les mandataires, avec une obligation exclusive de poursuivre dans le cadre de la loi la satisfaction des intérêts de leurs mandants en les enrichissant. La seconde s'efforce de tirer pleinement les conclusions de la réalité de la société comme organisation juridique de l'entreprise, en voyant le pouvoir dans la société comme devant servir les intérêts de l'entreprise elle-même à la vie et au développement mais aussi ceux de l'ensemble de ses parties prenantes et tendant à voir les dirigeants sociaux plutôt comme des organes de la

---

<sup>374</sup> Sur la sous-capitalisation v. (en grec) D. Tzouganatos « Capitalisation insuffisante et sous-capitalisation de sociétés de capitaux. Modalités d'apparition et effets juridiques », éd. Sakkoula 1994, N. Vervessos in « Droit de la société anonyme », dir. E. Perakis, t. 2A, p. 269 suiv.

<sup>375</sup> Sur le pouvoir économique v. G. Farjat « Pour un droit économique », PUF 2004, p. 67 suiv.



société et de l'entreprise, ayant de la sorte une autonomie relative face aux associés<sup>376</sup>. Le débat présenté ci-dessus a une répercussion importante sur la notion d'intérêt social – notion qui trouve consécration dans la loi aussi bien en France qu'en Grèce, mais qui surtout tend à être vue par la doctrine et la jurisprudence des deux pays sous comparaison comme mécanisme régulateur fondamental en matière d'exercice du pouvoir sociétaire<sup>377</sup>. L'importance de cette notion d'intérêt social pour le contrôle des montages sociétaires effectués par le biais de l'utilisation du pouvoir au sein de la société est ainsi évidente<sup>378</sup>. Selon le premier courant de pensée mentionné ci-dessus, l'intérêt social que les dirigeants sociaux doivent servir est identifié à l'intérêt des associés et plus particulièrement à l'intérêt commun des associés reconnu comme fondamental en droit français par l'art.1833 du Code civil ; selon le deuxième courant, l'intérêt social est celui de l'organisation de l'entreprise – que la société exprime juridiquement – à la vie et au développement, identifié en plus avec un équilibre des intérêts des parties prenantes dans l'entreprise<sup>379</sup>. Il est évident que ce

---

<sup>376</sup> Sur la première tendance v. notamment D. Schmidt « Les conflits d'intérêts dans la société anonyme » July 2004, nouvelle édition et les ouvrages de "law et economics" de F.-H. Easterbrook - R. Fischel « The economic structure of corporate law », Harvard University Press, 1991, S. Bainbridge « Corporation Law and Economics », 2007. Pour la deuxième tendance v. notamment les travaux précités du Pr. J. Paillusseau – qui toutefois, reconnaît une prépondérance, mais non exclusivité, des intérêts des associés dans les sociétés de type classique (« Les fondements du droit moderne ... », n° 78 suiv.) et, plus tranchés, M. Darois - A. Viandier « L'intérêt social prime l'intérêt des actionnaires », Les Echos 27-28 juin 2003. V. aussi K. Greenfield "The failure of the corporate law", University of Chicago Press, 2007. Sur le débat grec en la matière v. ci-dessus, note 53.

<sup>377</sup> Pour des consécutions expresses de l'intérêt social par la loi française v. L221-4, L223-18 Code commerce. V. sur l'intérêt social M.Coizan-A.Viandier-Fl.Deboissy, n°431 suiv, M.Germain-V.Magnier n°1056-60, Ph.Merle n°52-1, D.Schmidt, « Les conflits d'intérêts... » spec. n°13, p.20, A.Constantin « L'intérêt social : quel intérêt ? » Mélanges B.Mercadal, édition Francis Lefebvre 2002, p.315, C.Goffaux-Callebaut « La définition de l'intérêt social », RTD com. 2004, p.35, A.Pirovano « La boussole de la société : intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise », D. 1997, Chr. 189, F-G.Trebulle « Stakeholders Theory et droit des sociétés », Bul. July 2006 p.2337, 2007 p.1.

Sur la notion d'intérêt social en droit grec voir (en grec) V.Antonopoulos « Droit des AE et EPE » p.418, N.Rokas « Sociétés commerciales » p.282 suiv, P.Papapanagiotou « L'intérêt social comme critère d'exercice de pouvoirs organiques dans l'Assemblée Générale », édition Apopsis 2006, G.Triantafyllakis « L'intérêt de l'entreprise ... » monographie précité, K.Pamboukis « L'intérêt social général comme idée centrale dans l'institution de la gouvernance d'entreprise », Episk. E.D. 2003 p.693 suiv.

Sur la consécration de la notion d'intérêt social en Grèce d'abord par le droit des sociétés cotées, ensuite par celui des sociétés anonymes communes v.infra.

<sup>378</sup> V.infra notamment sur le rôle de l'intérêt social dans le grand mécanisme de contrôle de régularité en droit des sociétés qu'est l'abus de droit. Sur le rôle de l'intérêt social comme limite des montages en droit des sociétés v. J-Ph. Dom, thèse précitée, n° 614 suiv. (notamment en ce qui concerne les conventions de vote et les défenses anti-OPA), D.Porrachia, thèse précitée, n°615 suiv.

<sup>379</sup> V. par exemple expressément pour la première opinion D.Schmidt « Les conflits d'intérêt... » p.20 (« le dernier mot revient aux actionnaires, ce qui consacre la primauté de leurs intérêts. C'est à eux qu'il appartient de définir l'intérêt ou les intérêts que la gestion des actifs doit satisfaire »). Pour l'opinion contraire v. J.Paillusseau « Les fondements du droit moderne des sociétés », « La logique organisationnelle », articles précités, F-G. Trébulle « Stakeholder Theory... », article précité, notamment n°33 (sur l'intégration de l'intérêt général dans l'intérêt social), n°34 (sur les

débat peut avoir des conséquences importantes quant à la réception intellectuelle du phénomène des montages sociétaires, ces derniers tendant souvent à renforcer l'appropriation et instrumentalisation des sociétés par les associés, notamment ceux dominants.

Notre position sur ce débat est que le droit positif actuel aussi bien en France qu'en Grèce, tout en organisant les sociétés comme structures juridiques de financement et de gouvernance des entreprises privées (capitalistes), d'une part laisse la priorité aux apporteurs de capitaux et leurs intérêts au sein de ces entreprises, mais d'autre part il tient compte dans une certaine mesure de la réalité plus large de l'entreprise comme organisation économique et sociale et des intérêts que cette dernière implique. Les associés ont ainsi le pouvoir d'élire et de révoquer les dirigeants de la société et de la sorte ils peuvent indirectement déterminer la politique de la direction et l'orienter vers la poursuite de leurs intérêts comme ils l'entendent- ou du moins c'est le cas pour les associés ayant vraiment le contrôle de la société. D'autre part, ce pouvoir sociétaire exercé au profit des associés n'est pas illimité, mais impérativement encadré et soumis à des contraintes qu'impose une certaine prise en compte de la réalité socio-économique de l'entreprise : respect d'abord de la séparation patrimoniale entre les associés et la société, respect de standards de gestion loyale et responsable de l'entreprise, respect des dispositions impératives visant à protéger les intérêts des catégories des participants à l'entreprise mais aussi de celles servant l'intérêt général et plus généralement respect de l'ordre public économique et politique. Cette immixtion de l'intérêt général dans la vie de l'entreprise devient encore plus importante si l'on tient compte de ce que dans les deux pays les entreprises d'une certaine taille bénéficient souvent – directement ou indirectement – du soutien multiforme des autorités publiques. Les deux droits se réservent d'ailleurs des moyens importants d'intervention impérative quand les entreprises sont en difficultés, en écartant largement dans ce cas le pouvoir des associés, preuve de l'impact plus général de la réalité de l'entreprise, qui n'est pas une affaire seulement de ces derniers<sup>380</sup>. On pourrait

---

"stakeholders" désignés par l'ordre public et les contraintes découlant de ce choix, de sorte qu'une dualité d'impératifs émerge dans la société). La doctrine dominante grecque tend traditionnellement à voir l'intérêt social comme l'intérêt des associés, v. toutefois les développements de G.Triantafyllakis, spéc. p.92 suiv., sur l'intérêt de l'entreprise et sa distinction par rapport au droit des actionnaires. Pour une conception moniste identifiant l'intérêt social à l'intérêt des actionnaires v. (en grec) L. Athanassiou « Actionnaires et surveillance sociétaire. L'immixtion active des actionnaires dans les décisions sociales comme moyen de surveillance de la direction de l'AE », éd. Nomiki Vivliothiki 2010, notamment p. 3-10.

<sup>380</sup> V. infra sur le droit des procédures collectives, comme facteur de l'ordre public économique sociétaire, mais aussi les montages de provenance étatique en dehors du droit des procédures collectives dans le but de sauvetage d'entreprises importantes en difficultés.

même légitimement s'interroger sur la question des moyens juridiques de protection de l'entreprise ayant une valeur socio-économique importante face à ses associés en cas de conflit d'intérêts, notamment dans le cadre de groupes de sociétés multinationaux<sup>381</sup>. En tout cas, et sans sous-estimer le pouvoir actuel des associés dans les sociétés, pouvoir de droit qui, combiné avec un changement du rapport des forces à leur profit, aboutit aujourd'hui de nouveau souvent à une priorité absolue de leurs intérêts au sein de l'entreprise, nous pensons que ce serait réducteur de dire qu'en droit français et en droit grec les dirigeants de sociétés importantes n'ont qu'une obligation de mandataire de maximiser à tout prix le plus vite possible la richesse des actionnaires ou associés et que tout comportement plus autonome de leur part ne serait qu'une mauvaise exécution de leur obligation. Adopter un tel point de vue serait méconnaître la reconnaissance par le droit de la personnalité morale de la société et de son intérêt propre, juridiquement distinct de celui des associés, intérêt qu'on peut identifier à la poursuite réussie de l'objet de l'entreprise, expression juridique de l'intérêt d'une organisation qui a acquis une certaine autonomie par rapport à ses membres, devant être orientée non seulement à l'enrichissement des associés mais aussi à sa survie et développement au moyen et long terme. Ce serait aussi méconnaître plus généralement la réalité de l'organisation économique et sociale de l'entreprise avec les multiples intérêts y impliqués- parfois à un degré comparable ou plus grand que celui des associés-, les besoins d'équilibres à son intérieur et les enjeux économiques et sociaux de l'exercice du pouvoir économique au sein de cette organisation. Ce qui est en tout cas aujourd'hui sûr au plan juridique est que le pouvoir sociétaire ne doit pas être exercé d'une manière abusive, au profit de son seul possesseur (associé majoritaire, "manager" professionnel) au détriment des autres intérêts reconnus et protégés par le droit des sociétés - ou à l'encontre de l'ordre public politique, économique et social général. Par ailleurs il est certain que l'évolution des besoins de gestion de l'entreprise capitaliste ayant facilité la concentration du pouvoir au sein des sociétés ainsi que les besoins de sécurité juridique des cocontractants des sociétés ont eu comme résultat le recul d'ordre public de certaines conséquences caractéristiques de la conception des dirigeants comme simples mandataires des associés, notamment dans les sociétés de capitaux (v. infra). Nous croyons en plus que les questions fondamentales de la prise en compte en part

---

<sup>381</sup> V. infra sur l'abus de droit. D'ailleurs, selon la Constitution grecque (art.106), l'initiative économique privée est reconnue et protégée, mais avec comme limites le respect de la liberté et de la dignité humaines, ainsi que la non-opposition à l'intérêt de l'économie nationale. On pourrait légitimement penser que l'exercice du pouvoir par les associés au sein de la société manifestement contre les intérêts de l'entreprise (dans le cas où un conflit peut exister entre l'intérêt des associés et l'intérêt de l'entreprise) pourrait tomber sous le coup de la seconde prohibition. En droit français, v. notamment l'intervention judiciaire dans la fameuse à son époque affaire Fruehauf.

entière de la réalité socio-économique de l'entreprise par le droit, celle du caractère et des finalités de cette dernière ainsi que celle des configurations du pouvoir et des relations de propriété à son sein sont de lege ferenda de nouveau ouvertes dans notre époque de crise et d'incertitude radicale<sup>382</sup>.

En tout cas, l'ordre public économique sociétaire s'implique aujourd'hui profondément dans l'organisation du pouvoir dans les sociétés, aussi bien en France qu'en Grèce, à des degrés variables selon les formes sociales, en combinant ses aspects organisationnel et limitatif, dans le but de trouver et de maintenir des équilibres en cette difficile matière où l'autorégulation est souvent un objectif utopique. Cet ordre public sociétaire du pouvoir est d'ailleurs une contrainte principale et un facteur majeur pour les choix effectués dans le cadre des différents montages sociétaires.

### **Le pouvoir dans les sociétés de personnes en droit français et en droit grec et son impératif minimum**

Plus particulièrement en ce qui concerne les sociétés de personnes, l'organisation du pouvoir est laissée par les deux droits sous comparaison en principe dans le domaine du supplétif, à cause de leur nature largement contractuelle et caractérisée typiquement par un fort intuitus personae, conformément à leur destination d'être des formes juridiques d'entreprises en commun intimement liées aux personnes de leurs fondateurs. Ainsi, les deux droits proposent des solutions pour la gestion des sociétés de personnes (gestion à l'unanimité des associés pour les sociétés civiles du droit grec – 748 par.1 AK, gestion individuelle de chaque associé avec droit d'opposition préalable de tout autre associé pour les sociétés en nom collectif dans les deux droits sous comparaison, un droit d'opposition qui est de droit supplétif pour le droit grec, l'opposition agissant pour les deux droits seulement à l'égard des tiers ayant contracté avec la société en connaissance de celle-ci - L221-3 à L221-5 C.com, anc. 22 EN, 254, 257 L4072/2012, 750 AK analogiquement applicable), mais il s'agit de solutions de droit supplétif : les statuts peuvent les écarter et confier la gérance à un gérant unique – ou à plusieurs gérants (L221-3 al. 1, 749, 750 AK, anc. art. 43 EN, aujourd'hui art. art. 254, 257 L4072/2012 - pourvu dans les sociétés de personnes personnifiées que les clauses de dérogation au régime légal et la nomination du gérant soient normalement publiées pour être opposables aux tiers -v. ainsi art. L210-9 al.2 C.com., 42 EN, et infra. V. aussi l'art. 751 AK permettant à chacun des plusieurs gérants

---

<sup>382</sup> Sur la question de la participation notamment des salariés à la gouvernance des entreprises – et, partant, des sociétés importantes – v. B.Cheffins « Company Law. Theory, Structure and Operation », Clarendon Press-Oxford 1997, p.554 suiv, K.Greenfield « The Failure... », p. 41 suiv, 146 suiv, 187 suiv.

d'agir valablement malgré l'opposition d'un autre en cas d'urgence si un dommage grave peut en résulter pour la société). En plus –autre manifestation du caractère largement contractuel de ces sociétés mais aussi de leur autonomie réduite par rapport à leurs fondateurs, ces derniers étant personnellement responsables pour les dettes sociales – en droit français et traditionnellement en droit grec le pacte social, en déterminant l'objet social, limite les pouvoirs des gérants même à l'égard des tiers de bonne foi (L221-5 C.com., 1849 C.civ., 68, 70, 229 AK)<sup>383</sup>. La réforme du droit grec des sociétés de personnes en 2012 a toutefois innové en la matière, en réputant comme valables les actes de représentation des gérants des sociétés de personnes personnifiées effectués à l'égard des tiers en dépassement de l'objet social si le tiers est de bonne foi (il ne connaissait pas et ne devait pas connaître le dépassement -art. 257 L4072/2012) ; il s'agit d'une disposition d'ordre public, alignant dans une large mesure le régime des sociétés de personnes personnifiées à celui des sociétés de capitaux (v. infra – il est pourtant vrai que la loi n'exclut pas expressément la publicité des statuts comme fait pouvant établir la mauvaise foi du tiers, comme c'est le cas pour les sociétés de capitaux) et donnant aux premières un certain élément « institutionnel ». Aucun des deux droits ne prévoit par ailleurs des durées de mandat pour les dirigeants des sociétés de personnes, la question étant laissée à la liberté statutaire. Pourtant, si la liberté contractuelle est le principe, la matière du pouvoir dans les sociétés de personnes n'est exempte de dispositions ou principes d'ordre public sociétaire dans aucun de deux pays sous comparaison – la France et la Grèce. D'abord, pour les deux droits certaines décisions particulièrement importantes dépassant la notion de gestion sont

---

<sup>383</sup> Pour le droit grec, à défaut de disposition spéciale expresse, cette solution résultait des dispositions de l'AK sur les actes effectués au nom d'un tiers sans pouvoir de représentation (229 suiv.AK) et de celles concernant le pouvoir des organes des personnes morales (68, 70 AK)- mais la doctrine exigeait un dépassement évident de l'objet social comme condition pour le non-engagement de la société, en tendant ainsi à minimiser la différence avec la reconnaissance du dépassement de l'objet social dans les relations avec les tiers de bonne foi qui vaut pour les sociétés de capitaux- v. V. Antonopoulos op.cit. p. 195, N. Rokas, p. 80 suiv. Pour l'extension de la protection des tiers de bonne foi aux actes des gérants des sociétés de personnes v. V. Antonopoulos op.cit p. 198. Des dépassements de l'objet social sont acceptés en tout cas comme valables s'ils sont effectués à l'unanimité des associés, preuve une fois encore de l'autonomie réduite et du caractère contractuel traditionnel des sociétés de personnes dans les deux droits sous comparaison. V. en plus V. Antonopoulos op. cit., p. 195 suiv. sur l'application en la matière des dispositions de l'AK sur la fausse représentation, la validité de l'acte effectué par le gérant en dehors de l'objet social étant suspendue jusqu'à sa ratification en principe à l'unanimité des associés, avec engagement sous le régime antérieur de la responsabilité du gérant à l'égard du tiers de bonne foi en cas de non ratification (229 suiv. AK). La jurisprudence française adopte sur cette question une conception plus institutionnalisante, en exigeant en plus la conformité avec l'intérêt social de l'acte effectué en dépassement de l'objet social à l'unanimité. V. C. cass. Ch.com. 18 mars 2003, D. 2003, obs. A. Lienhard, Ph. Merle op.cit., no 139 et sur l'évolution du droit français en la matière le commentaire du Code Dalloz des Sociétés par J-P Valuet et A. Lienhard, p. 248.

soustraites au pouvoir des gérants pour être confiées impérativement à la collectivité des associés, manifestation du caractère des sociétés comme communautés de risques et de décisions (modifications du pacte social, notamment de l'objet social, des apports des associés, sortie ou entrée d'un associé mais aussi approbation des comptes sociaux et affectation des résultats<sup>384</sup>). En plus, le droit français oblige impérativement dans quelques cas les associés des sociétés de personnes à prendre leurs décisions sous la forme d'assemblée (L221-6 al 2, L221-7 C.com.) – dispositif que le droit grec ne reprend pas expressément, la doctrine considérant toutefois qu'il y a un droit d'ordre public « virtuel » de chaque associé de demander la prise des décisions en assemblée<sup>385</sup>. Pour la prise des décisions par la collectivité des associés, les deux droits adoptent le principe de l'unanimité, mais comme droit supplétif, les statuts pouvant introduire le principe majoritaire- par tête ou par valeur de participation dans l'affaire sociale- pour une liste de sujets spécifiés dans ceux-ci en droit français, une restriction que ne reprend pas la lettre de la loi grecque, mais qu'elle exige une partie importante de la doctrine (L221-6 C.com., 1852 C.civ., 748 par.2 AK, 253 L4072/2012, ces derniers articles du droit grec adoptant comme droit supplétif le principe de majorité arithmétique, si les statuts ne précisent pas de quelle majorité il

---

<sup>384</sup> V. L221-6 C.com, 1852 C.civ., 254 par.3 L4072/2012, ce dernier article parlant généralement de décisions dépassant l'administration habituelle de la société, pour lesquelles il ya en principe besoin de l'unanimité des associés – mais la doctrine considère qu'il se réfère seulement au pouvoir du gérant dans l'ordre interne de la société et non à son pouvoir de représentation à l'égard des tiers, le gérant pouvant de la sorte engager la société même par le biais d'actes dépassant la gestion courante, avec la limite, pourrait-on dire, d'actes constituant des modifications de fait des statuts, p. ex. cession de l'entreprise sociale - v. N. Rokas, op. cit., p. 80 et p. 133-134, 138-139 de l'éd. de 2012 de son manuel. V. aussi V.Antonopoulos « Droit des sociétés de personnes », p.156, considérant que les statuts peuvent confier aux gérants des sujets appartenant normalement à l'organe suprême de la société. Le droit français oblige impérativement toutes les sociétés commerciales à établir des comptes sociaux annuels (bilan, compte de résultat, annexe, suivis d'un rapport du gérant) devant être approuvés par l'assemblée des associés (L232-1 suiv. C.com.). Mais le dépôt de ces comptes au greffe du tribunal de commerce n'est pas obligatoire pour les sociétés de personnes (un motif important pour la mise d'entreprises sous ces formes sociales pour ceux qui aspirent à la discrétion). Le droit grec n'oblige pas ses sociétés commerciales de personnes à rédiger des comptes annuels au sens des comptes des sociétés de capitaux (bilan, compte de résultat, annexe). Mais le gérant de toute société de personnes doit établir un compte pour l'exercice, montrant si ce dernier a été bénéficiaire ou non (v. infra sur le sens de bénéfice dans les sociétés de personnes) et devant être approuvé par les associés. V. ainsi pour les sociétés en nom art. 255 L4072/2012 et N. Rokas, op. cit., p 136 de l'éd. 2012.

<sup>385</sup> Selon l'art. L221-6 al. 2 les statuts peuvent prévoir la prise des décisions de la collectivité des associés des SNC par consultation écrite, sauf si la convocation d'une assemblée est demandée par l'un des associés ; en plus, selon l'art. 221-7 l'approbation des comptes et logiquement l'affectation des bénéfices sont faites impérativement par l'assemblée. Plus libéral est le droit français pour les sociétés civiles-art. 1853,1854 C. civ. V. en droit grec pour la prise obligatoire de décisions de la collectivité des associés des sociétés de personnes sous la forme d'assemblée à la demande de tout associé M.–Th. Marinos in “Droit des sociétés de personnes” (dir. N. Rokas), t. 1, p. 80.

s'agit)<sup>386</sup>. Les décisions les plus importantes de la collectivité des associés - modifications des statuts, y compris l'entrée ou sortie d'un associé, transformation, restructurations, prorogation de la durée, dissolution avant le terme, mais aussi celles concernant la nomination et cessation des fonctions des gérants- sont en plus soumises par les deux droits à un ordre public de publicité obligatoire, suivant le dispositif de publicité prévu par chacun des deux droits pour ses sociétés de personnes personnifiées –v. supra (L210-4, L210-9, R 210-9 à R210-19 C.com., dispositions de droit commun pour les sociétés commerciales, L221-14 C.com., L235-2 C.com, anc. art. 42, 46, 64 EN et désormais L3419/2005, not. art. 1, 15 sur le registre général du commerce), cette publicité étant en matière de modifications des statuts pour le droit grec, à la différence du droit français, constitutive (sans la publicité l'acte ne produit pas ses effets même dans l'ordre interne de la société –v. infra). Les associés des sociétés de personnes bénéficient d'ailleurs dans les deux droits sous comparaison de droits subjectifs d'informations irréductibles – d'ordre public sociétaire – nécessaires pour l'exercice de leurs droits dans la société et notamment de leurs droits politiques (L221-7 al.2, L221-8 C.com., 1855 C.civ., 755 AK, 254 par.4 L4072/2012- v. pourtant l'art. 275 de la même loi, prévoyant que l'associé commanditaire a un droit de contrôle des comptes et livres sociaux, mais de droit supplétif, disposition curieuse pour une société de personnes et tendant à brouiller la séparation entre associé et créancier de la société)<sup>387</sup>. Pour revenir à la question de la gérance, le droit français, par une disposition de droit commun applicable à toutes les sociétés commerciales et donc aux sociétés commerciales de personnes, prévoit impérativement que ni la société ni les tiers ne

---

<sup>386</sup> Selon les auteurs s'exprimant pour la spécification statutaire des sujets pour lesquels vaut la majorité, une introduction générale du principe majoritaire mettrait en danger les intérêts de l'associé et serait contraire à l'économie des sociétés de personnes-v. ainsi N. Rokas, op.cit., p. 63, M-Th. Marinos, op.cit., p. 78. Il est toutefois vrai que selon une autre opinion dans la doctrine il n'y a pas besoin de spécification de sujets, l'introduction du principe majoritaire par les statuts pouvant ainsi être générale, avec des exceptions, comme les cas dans lesquels la loi prévoit expressément et spécialement l'unanimité supplétive (dans ces cas le renvoi des statuts à la majorité doit être expresse, p.ex. pour la révocation du gérant statutaire) ou l'introduction par modification des statuts d'obligations supplémentaires pour les associés, cas dans lequel l'unanimité est d'ordre public- ainsi V. Antonopoulos « Droit des sociétés de personnes », p. 155- 156.

<sup>387</sup> Sur le droit d'information des associés des sociétés commerciales de personnes en droit français et son formalisme avec les questions et réponses écrites – Ph. Merle, n° 296. L'art. L221-7 al. 2 impose la communication aux associés des documents comptables et rapports concomitants en vue de l'assemblée devant statuer sur les comptes sociaux, disposition d'ordre public qui ne se retrouve pas en droit grec. Sur le droit plus étendu que celui de l'art. L221-8 C.com. de l'associé des sociétés de personnes du droit grec (755 AK) d'obtenir connaissance de la marche des affaires sociales en ayant accès aux livres et documents de la société, ainsi que d'établir un inventaire du patrimoine social, son caractère d'ordre public et les limites résultant de l'obligation de loyauté de l'associé v. M. Th. Marinos, op. cit., p. 82 suiv., Th. Liakopoulos, commentaire de l'art. 755, in Astikos Kodikas (dir. Ap. Georgiadis – M. Stathopoulos), t. 4, p. 40 suiv.

peuvent pour se soustraire à leurs engagements se prévaloir d'une irrégularité dans la nomination des dirigeants, lorsque cette nomination a été publiée régulièrement, en infusant ainsi un certain élément « institutionnel » même dans ses sociétés de personnes (L210-9 C.com – v. aussi ainsi art. 1846-2 al.2 C.civ. pour les sociétés civiles). Le droit grec, plus conforme en la matière à une conception contractualiste de la société et de la relation entre associés et dirigeants, ne reprend pas un pareil dispositif d'effet « curatif » de la publicité de la nomination des dirigeants pour ses sociétés de personnes personnifiées, en laissant la question au droit commun de la représentation et de ses vices (v. aussi plus généralement pour un tel renvoi l'art. 68 par. 2 AK, disposition de droit commun pour les personnes morales grecques). En plus, le droit français, encore une fois infusant un élément « institutionnel » à ses sociétés de personnes, limite les effets des statuts et donc de la liberté contractuelle en la matière, en précisant impérativement que les clauses statutaires limitant les pouvoirs des gérants sont inopposables aux tiers, sans distinguer entre tiers de bonne ou de mauvaise foi (L221-5 al.3 C.com. et pour les sociétés civiles 1849 al.3 C.civ.- de telles clauses produisent toutefois leurs effets dans l'ordre interne de la société). En rompant avec la tradition grecque, l'art. 257 par.3 de la loi 4072/2012 a adopté la solution du droit français en la matière pour ses sociétés de personnes personnifiées (v. d'ailleurs supra sur le dépassement du droit français par celui grec pour ce qui concerne l'objet social comme limite des pouvoirs des dirigeants des sociétés de personnes), disposition qui naturellement est d'ordre public<sup>388</sup>. Le droit français a d'autre part recours expressément à la notion d'intérêt social pour limiter le pouvoir du gérant, en principe seulement dans l'ordre

---

<sup>388</sup> V. Ph. Merle n° 140, N. Rokas p. 71, 151 suiv. L'art. 756 AK permet, plus fidèle sur ce point à la conception contractuelle des sociétés de personnes, non seulement des clauses statutaires restreignant les pouvoirs des gérants dans l'ordre interne de la société, mais aussi les clauses restreignant le pouvoir des gérants de représenter la société avec effet à l'égard des tiers, pourvu qu'elles soient sans ambiguïté destinées à ce but et non seulement aux relations internes des associés (v. aussi de nouveau en ce sens 68 AK), disposition applicable aussi avant la loi 4072/2012 aux sociétés de personnes personnifiées, pourvu que les clauses en cause aient été normalement publiées (anc. art. 46 EN). L'art. 756 concerne d'abord les gérants des sociétés civiles non personnifiées, en énonçant une présomption simple d'octroi de procuration par les autres associés au gérant avec la gestion, mais il était aussi réputé applicable aux sociétés de personnes personnifiées, dans lesquelles le gérant est un organe de la société. Plus généralement sur la distinction entre gestion externe et interne, le régime des actes effectués par le gérant en dépassement des restrictions statutaires de son pouvoir de représenter la société et l'obligation du gérant quant à la gestion interne de consulter sur certaines décisions importantes les associés résultant de son obligation de loyauté v. N. Rokas, op. cit., p.82 Selon la doctrine grecque même les clauses statutaires restreignant les pouvoirs du gérant dans l'ordre interne de la société étaient opposables aux tiers de mauvaise foi-v. N. Rokas, op. cit., p. 82. Sur le régime des actes effectués par le gérant en violation de ces clauses v. supra le développement sur le dépassement de l'objet social.



interne de la société (L 221-4 C.com., 1848 C.civ.)<sup>389</sup>. Ensuite, différence importante entre les deux droits, la jurisprudence grecque considère que dans les sociétés de personnes vaut un principe d'ordre public sociétaire « virtuel » d'« autogestion » ou d'« autodirection » (inspiré du droit allemand), seulement un associé indéfiniment tenu pour les dettes sociales pouvant se voir confier les tâches de gérant<sup>390</sup>. Cette solution est réputée découlant nécessairement du caractère indéfini ou même solidaire de la responsabilité des associés des sociétés de personnes pour les dettes sociales, mais elle ne se retrouve pas en droit français (L221-3 C.com.). Les deux droits divergent aussi quant à la révocation des gérants des sociétés de personnes : le droit français exige impérativement comme condition de la révocation de l'associé gérant légal - exerçant ses fonctions sur le fondement du régime supplétif de la loi- ou statutaire de la SNC l'unanimité des autres associés ; c'est parce que la qualité de gérant est réputée constituer le fondement de l'entrée de l'associé dans la société, qui en plus est dissoute en cas d'une telle révocation, cette dernière conséquence étant toutefois de droit supplétif, le révoqué ayant en tout cas un droit de sortie de la société ; la révocation du gérant associé non statutaire ou du gérant non associé est par contre laissée dans le domaine de la liberté statutaire (L221-12 C.com.)<sup>391</sup>. Le droit grec, plus libéral en la matière que celui français, prévoit une possibilité de révocation du gérant associé statutaire – mais non de l'associé gérant légal- pour cause grave (spoudaios lógos) pour toute société de personnes ; mais l'unanimité des autres associés n'est pas d'ordre public et la doctrine accepte en plus que la liberté statutaire peut élargir les causes de révocation ; elle ne peut toutefois en aucun cas exclure ou restreindre la révocabilité du gérant pour cause grave, cette dernière étant d'ordre public (752 §1 AK – par contre les clauses statutaires visant à faciliter la révocation du gérant sont réputées licites). Selon la loi, sont réputés à titre indicatif causes graves de révocation notamment le lourd manquement du gérant à ses obligations ou son incapacité pour gestion normale ; la notion de cause grave est pourtant une notion ouverte, son contenu étant précisée chaque fois

---

<sup>389</sup> La doctrine française accepte en plus la nullité absolue de l'acte effectué par le dirigeant dans les limites de l'objet social, mais en violation de l'intérêt social, si le tiers en avait connaissance ; la doctrine grecque accepte suivant la même logique et sans fondement légal exprès que la société n'est pas engagée si le gérant a agi évidemment contre l'intérêt social en collusion avec les tiers ou même, selon une autre opinion, si le tiers était de mauvaise foi -v. M.Cozian-A.Viandier-Fl. Deboissy op.cit. no 263, N. Rokas op.cit. p.79.

<sup>390</sup> Areios Pagos, As. Pl. 13/1997 DEE 1997, p. 581, obs. L. Kokkinis, EEmpD 1997, p. 518, obs. D. Tzouganatos. V. la critique de N. Rokas, op. cit., p. 74. Sur l'autodirection en droit allemand v. M. Fromont « Droit allemand des affaires »

<sup>391</sup> V. sur ce sujet M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy n° 1072 suiv., Ph. Merle n° 138. La révocation du gérant peut aussi selon le même article donner lieu à des dommages- intérêts au profit du gérant révoqué si elle est effectuée sans juste motif, mais cette disposition ne semble pas être d'ordre public.

selon le critère de la bonne foi et de l'intérêt social, la faute du gérant n'étant pas en plus nécessaire pour le concours de cause grave pour sa révocation<sup>392</sup>. La révocation de l'associé gérant non statutaire doit être réputée laissée à la liberté statutaire, avec la même limite de la prohibition de la clause d'irrevocabilité même en cas de concours de cause grave de révocation. Les deux droits convergent en plus traditionnellement sur un autre point important : dispositif de droit impératif commun pour les deux droits, la gérance externe de la commandite est interdite aux associés commanditaires, sous peine d'engagement de leur responsabilité indéfinie ou même solidaire pour les dettes sociales (L222-6 C.com., anc 27-28 EN) ; mais l'art. 278 L4072/2012 a atténué pour le droit grec ce dispositif et les statuts peuvent désormais confier la représentation de la commandite à un commanditaire, ce dernier étant responsable comme commandité pour ses actes de représentation, sauf si le tiers connaît sa qualité de commanditaire, évolution qui d'ailleurs vient atténuer le principe d'autogestion, en permettant la gestion par un associé non indéfiniment responsable pour les dettes sociales. Le droit grec reconnaît en plus traditionnellement une obligation renforcée de loyauté des gérants des sociétés de personnes à l'égard de la société et des associés, avec un noyau d'ordre public sociétaire, le droit français tendant à évoluer lui aussi vers cette direction<sup>393</sup>.

### **Le pouvoir dans les SARL/EPE/IKE et son impératif**

La question du pouvoir présente d'importantes particularités en matière de SARL et des EPE, à cause de la combinaison dans ces sociétés - destinées à être les formes sociales des moyennes entreprises- d'éléments capitalistes et d'éléments personnels, une combinaison qui peut pencher vers l'une ou l'autre de ces directions, selon la question envisagée. La SARL et l'EPE diffèrent de la sorte assez quant à l'organisation du pouvoir et de son ordre public, malgré leur caractère commun comme descendantes de la GmbH

---

<sup>392</sup> V. V. Antonopoulos, op.cit., p. 188 suiv., N. Rokas op. cit. p. 77-78 –notamment sur les difficultés engendrées par une révocation sans concours de cause grave et sans clause statutaire élargissant les causes de révocation, une telle révocation étant en principe réputée par l'opinion dominante nulle. V. aussi art. 753 AK sur le régime symétrique de la démission du gérant en droit grec.

<sup>393</sup> V. p. ex. Eph. (CA) Athènes 145/2005, Episk. E.D., 672. Sur l'obligation de loyauté des dirigeants en général en droit français v. M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy, n° 293. Ph. Merle, n° 288, M. Germain-V. Magnier n° 182, C. Cass. Ch. Com.24 février 1998, Rev. soc. 1998, p. 546, note M-L Coquelet, 12 février 2002, Rev. soc. 2002, p. 617, note B. Saintourens, 28 novembre 2007, RTD com. 2007, note C. Champaud - D. Danet. Il est aussi à noter que l'art. 754 prévoit l'application analogique aux droits et obligations du gérant des dispositions de l'AK sur le mandat (entolí-art. 713 AK suiv.).

allemande<sup>394</sup>. Ainsi, le droit français impose aux associés de nommer –dans les statuts ou par acte postérieur- un ou plusieurs gérants, associés ou non, mais toujours personnes physiques, nommés, si les statuts ne prévoient pas autre chose, pour la durée de la société (L223-18 C.com.). Par contre, le droit grec prévoit en principe - assez paradoxalement peut-être pour le juriste français – mais comme droit supplétif la gérance par la collectivité des associés agissant à l'unanimité, à savoir la même solution de principe que pour les sociétés civiles ; les associés peuvent écarter ce dispositif et nommer dans les statuts ou par décision de leur assemblée devant être normalement publiée pour être opposable aux tiers un ou plusieurs gérants, associés ou non (il n'y a pas reprise du principe d'autogestion pour les EPE, seulement quelques incompatibilités sont introduites), pour une durée déterminée ou non (16, 17 L3190/1955). Le gérant de la SARL peut être révoqué par l'assemblée ordinaire de la société ; ce pouvoir de révocation est dans son principe d'ordre public sociétaire, les statuts pouvant toutefois imposer une majorité renforcée (L223-25 al.1 C.com.). En plus, selon la même disposition, si la révocation se fait sans juste motif, elle développe ses effets, mais elle peut donner lieu à des dommages-intérêts à la charge de la société ou même des associés au profit du gérant, cette dernière règle n'étant pas néanmoins, semble-t-il, d'ordre public ; selon la jurisprudence la révocation ne doit en plus en aucun cas être brusque et vexatoire, inspirée du seul souci de nuire au gérant, sous la menace de la même sanction. La procédure de révocation du gérant de la SARL est les dernières années caractérisée par une tendance de « judiciarisation », avec l'exigence jurisprudentielle du respect du principe du contradictoire – une sorte éventuellement d'ordre public procédural de protection pour le gérant de la SARL, sous peine d'engagement de la responsabilité civile de la société ou même des associés à l'égard du gérant<sup>395</sup>. Particularité de la SARL, tout associé a le droit –qu'on doit considérer d'ordre public, les statuts ne pouvant pas y déroger- de demander en justice la révocation du gérant pour cause légitime (L223-25 al. 2 C.com.). De l'autre côté de la comparaison, les solutions du droit grec quant à la révocation du gérant de l'EPE sont plus complexes. Le droit grec protège ainsi impérativement spécialement le gérant associé légal ou statutaire nommé pour une durée déterminée, sa révocation devant être prononcée en justice sur un fondement de cause grave, après décision de l'assemblée ordinaire des associés (19 §1,6 L3190/1955). Pour le gérant non statutaire, associé ou non, nommé pour une durée déterminée ou non, le régime

---

<sup>394</sup> Pour une comparaison entre la SARL et la GmbH allemande v. J. Honorat « Place respective de la liberté contractuelle dans la SARL et la GmbH », Mélanges Y. Guyon, p. 507.

<sup>395</sup> Sur la révocation du gérant de la SARL et le principe du contradictoire v. M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy n<sup>os</sup> 967 suiv. Sur la notion de juste motif, ibid n<sup>o</sup> 294., Code Dalloz sociétés p. 367.

légal est celui de la révocabilité par l'assemblée ordinaire des associés, avec possibilité d'indemnisation pour le gérant nommé pour durée déterminée, notamment en cas de révocation sans cause grave et intempestive, le même régime étant applicable au gérant statutaire associé nommé pour une durée indéterminée (art. 19 par.1, 4 L3190/1955) ; les dérogations statutaires à ce régime pour les gérants autres que celui légal ou statutaire associé à durée déterminée semblent toutefois dans une certaine mesure possibles (introduction de révocabilité seulement pour cause grave, à majorité renforcée ou, à sens inverse, ad nutum, sans indemnisation). La limite d'ordre public est dans tous les cas que la clause de non-révocabilité même en cas de cause grave de révocation serait nulle (19 §3 L 3190/1955)<sup>396</sup>. Dispositif commun particulièrement important pour les deux droits, résultant de l'impact de l'harmonisation communautaire et attribuant aux SARL/EPE un élément important « institutionnel », leurs gérants les engagent de droit impératif valablement à l'égard des tiers de bonne foi même en agissant en dépassement de l'objet social, la publicité des statuts ne suffisant pas pour établir la mauvaise foi du tiers, et à l'égard de tout tiers quand ils agissent en dépassement des autres restrictions statutaires de leurs pouvoirs (L223-18 al. 2,3, 18 § 2,3 L 3190/1955 - les limitations du pacte social au pouvoir des gérants développent leurs effets dans l'ordre interne de la société, comme d'ailleurs, expressément en droit français, les limites posées par l'intérêt social)<sup>397</sup>. En plus, autre dispositif d'ordre public donnant un élément « institutionnel » aux SARL/EPE, les défauts et vices de la nomination du gérant ne sont pas opposables aux tiers - à tout tiers pour le droit français, seulement au tiers ne connaissant pas le vice pour le droit grec- si la nomination a été publiée normalement (L210-9 C.com., disposition de droit commun pour toutes les sociétés commerciales, applicable aussi au détriment des tiers, qui ne peuvent pas opposer le vice à la société, 17 par.3 L3190/1955 - à défaut de prévision expresse de la loi grecque, l'opposition du vice par les tiers à l'encontre de la société pour se libérer de ses engagements pourrait être exclue comme constituant abus de droit de l'art. 281 AK -v. infra). Mais l'engagement de la société en cas de pluralité de gérants est effectué en droit français comme pour les SNC par chaque gérant agissant individuellement, avec droit d'opposition pour les autres gérants développant ses effets seulement à l'égard des tiers en ayant connaissance, ce dispositif semblant être d'ordre public, tandis que le droit grec laisse

---

<sup>396</sup> N. Rokas, p. 534 suiv., G. Michalopoulos, in « Droit de l'EPE' (dir. E. Perakis), p. 320, suiv. La révocation du gérant et la nomination d'un nouveau gérant doivent en plus être dans les deux droits normalement publiées pour produire leurs effets à l'égard des tiers-v. art. C.com, L3190/1955.

<sup>397</sup> En droit français ; le dispositif en cause a été introduit avec la grande loi de 1966 sur les sociétés commerciales - v. P. Didier t.2, p.189 suiv. En droit grec il a été introduit en 1986 comme conséquence de l'harmonisation du droit grec avec le droit communautaire.

la question à la liberté statutaire, sa solution supplétive de principe étant l'engagement de la société par action collective des plusieurs gérants nommés par les statuts ou l'assemblée (L223-18 al. 7, 17 par.2 L3190/1955). Le droit français prévoit un système impératif de protection de la société face aux conventions conclues entre celle-ci et le gérant ou pour le compte de ce dernier (L223-19 à L 223-21 C.com.) – dispositif inspiré de celui pour les sociétés par actions (v. infra), mais étendu en plus aux relations entre la société et ses associés<sup>398</sup>. Le droit grec ne prévoit pas expressément un tel système. Est toutefois débattue la question de l'application de l'article 235 AK sur l'interdiction de principe des « contrats avec soi-même » dans les relations des EPE avec leurs gérants<sup>399</sup>. Le droit grec oblige expressément le gérant à ne pas concurrencer la société (art 20 L3190/1955), disposition de droit supplétif, pouvant de la sorte être écartée, mais seulement à l'unanimité des associés, constituant en plus une manifestation d'une obligation plus générale de loyauté du gérant face à la société et les associés, pour laquelle on doit reconnaître un noyau d'ordre public sociétaire<sup>400</sup>. Le droit français lui aussi évolue, semble-t-il, vers la reconnaissance d'une pareille obligation de loyauté plus générale des dirigeants des sociétés de capitaux à l'égard de la société et des associés<sup>401</sup>. Les deux droits réservent d'autre part certaines décisions (modification des statuts, dissolution, transformation de la société, fusion ou scission, nomination et révocation des gérants, approbation des comptes, affectation des résultats) impérativement à la collectivité des associés (L223-30 suiv. C.com., 14, 38 suiv. L3190/1955). Mais les différences sont encore présentes : le droit français prévoit ainsi de larges possibilités de prise de décision par les associés de la SARL par consultation écrite ou par expression du consentement des associés dans un acte, si les statuts le prévoient (L223-27 C.com.), tandis que la prise de décisions par les associés sous forme d'assemblée de l'EPE est en droit grec d'ordre public sociétaire (10 §1 L3190/1955).

---

<sup>398</sup> Les art. L221-19 à L221-21 reprennent la distinction entre conventions prohibées, libres et réglementées. Les particularités par rapport au dispositif introduit pour les sociétés par actions les plus importantes sont la prévision d'une procédure plus simple de leur conclusion, à défaut d'un organe comme le conseil d'administration des SA dans les SARL, la prévision d'une autorisation préalable pour les conventions réglementées avec le gérant non associé si la société ne dispose pas d'un commissaire aux comptes et la seule obligation d'une mention au registre pour les conventions entre l'EURL et son associé unique.

<sup>399</sup> N.Rokas, *op.cit.*, p.282. La conséquence de la réponse affirmative est que, en dehors de contrats d'exécution d'obligations du gérant vers la société, la conclusion de conventions entre le gérant et la société ne serait permise que sur le fondement d'une autorisation préalable de la société, autorisation en plus devant revêtir la forme de l'acte notarié si le contrat allant être conclu doit impérativement revêtir cette forme. L'art. 43a par.4 L3190/1955 prévoit seulement que les conventions entre société et associé unique- gérant ou non- sont inscrites dans des procès-verbaux ou sont rédigés en forme écrite, sauf pour les actes courants conclus à des conditions normales.

<sup>400</sup> V. M. -Th. Marinos in "Droit de l'EPE" (dir. E. Perakis), p. 329 suiv.

<sup>401</sup> V. M. Germain –V. Magnier, no 1758 du *Traité de Ripert et Roblot*.

Il est à noter que les deux droits prévoient dans les articles précités des dispositifs de convocation des assemblées, tout en reconnaissant pourtant la possibilité d'une guérison ex post de leur omission en cas de présence ou de représentation de tous les associés dans l'assemblée ( en droit grec en plus expressément si aucun d'eux ne s'oppose à la prise de la décision), le droit grec reconnaissant en plus en cas d'accord unanime des associés même la possibilité d'écarter leur application en amont. Différence importante entre les deux droits, en droit français les décisions ordinaires de la collectivité des associés sont prises impérativement au moins par majorité sur l'ensemble des parts sociales ou avec la majorité des votes émis sur deuxième consultation ou convocation, les modifications des statuts nécessitant une majorité renforcée d'au moins des trois quarts des parts sociales – expression d'une conception plutôt capitaliste de la SARL, la participation au pouvoir de décision étant ainsi proportionnelle à la participation au capital (L223-29, L223-30 C.com). ; par contre, le droit grec exige impérativement une double majorité pour la prise de décisions, sur l'ensemble des parts sociales et sur le nombre des associés (art. 13, 38 L 3190/1955) – majorité au dessus de leur moitié dans le cas des décisions ordinaires, d'au moins des trois quarts en cas de modification des statuts - dans un effort de combiner l'élément capitaliste avec celui personnel<sup>402</sup>. Il est à noter que les deux droits réservent certaines décisions particulièrement importantes à l'unanimité des associés (changement de la nationalité de la société – L223-30 al. 1 C.com., 38 § 3 cas a L3190/1955, augmentation des obligations des associés – L223-30 al. 5 C.com a contrario, 38 §3 cas ba L3190/1955, mais aussi, en droit grec, l'autorisation des actes de concurrence donnée au gérant- art. 29 § 1 L3190/1955). En plus, en droit français toute transformation d'une société – donc d'une SARL – en SAS nécessite l'accord unanime des associés (L 227-3 C.com.). Les décisions les plus importantes de l'assemblée des SARL/EPE doivent impérativement être publiées dans les deux droits sous comparaison, suivant les prescriptions de l'harmonisation communautaire (v. outre les dispositions de droit commun concernant la publicité des sociétés commerciales du droit français L210-5 C.com., L232-22 sur la publicité des comptes et l'affectation des résultats, 8a, 17 par.3, 22, 38 par.4 L3190/ 1955 et désormais L3419/2005 sur le registre général du commerce et infra sur les sanctions pour la non observation des obligations de publicité). Pour ce qui concerne la nouvelle forme sociale de l'IKE – sorte d' EPE modernisée (v. supra)- la loi grecque a repris le dispositif de la gestion

---

<sup>402</sup> Aucun des deux droits ne connaît d'ailleurs pour les SARL-EPE de quorum exigé pour la prise de décision, la majorité nécessaire étant calculée sur l'ensemble des parts sociales (et des associés pour l'EPE). Il est à noter que dans l'EPE, les statuts peuvent augmenter librement la majorité renforcée exigée, jusque même à l'unanimité – preuve du caractère "hybride" de l'EPE. V. sur ces questions Ph. Merle, op. cit., nos 214 suiv., N. Rokas, op. cit., p. 525 suiv.

légale des EPE et son caractère largement suppletif (art. 56, 57 L4072/2012) ainsi que le dispositif d'ordre public des pouvoirs des gérants à l'égard des tiers (art. 64) et de guérison des vices de leur nomination à l'égard des tiers les ignorant par la publicité de la nomination (art. 63). Le gérant doit être impérativement personne physique, comme dans les SARL françaises (art.58) et il a une obligation générale de loyauté à l'égard de la société, obligation expressément reconnue et devant être réputée largement d'ordre public (art. 65)<sup>403</sup>. Dans le cadre d'une conception favorable à la liberté statutaire, le législateur grec a permis pour cette forme sociale la possibilité de la prévision statutaire reconnaissant en cas de pluralité de gérants le droit à un associé de nommer un ou plusieurs d'eux (art. 60), disposition qui peut aboutir à une dissociation du pouvoir de la participation au capital dans les IKE et ne peut être introduite durant la vie de l'IKE qu'à l'unanimité. En plus, tout en précisant des sujets qui appartiennent impérativement à la compétence de la collectivité des associés, il a permis la prévision statutaire d'un pouvoir du gérant - octroyé pour une durée de trois ans - de modifier des clauses déterminées des statuts unilatéralement (art. 68), pouvoir introduit durant la vie de la société seulement à l'unanimité ; il s'agit d'une rupture importante avec la tradition juridique aussi bien grecque que française, la modification des statuts étant historiquement une compétence d'ordre public de la collectivité des associés. Il a d'autre part adopté un dispositif plus simple que celui de l'EPE pour la révocation du gérant, dispositif ressemblant assez à celui de la SARL, bien que des différences demeurent, et étant largement –mais non absolument- d'ordre public<sup>404</sup>. Pour ce qui concerne les assemblées, le législateur grec a introduit des majorités simples ou renforcées

---

<sup>403</sup> L'art. 65 prévoit à titre indicatif comme manifestations de l'obligation de loyauté une obligation du gérant de ne pas promouvoir ses propres intérêts au détriment de ceux de la société, une obligation de révélation des situations de conflit d'intérêts avec la société et une obligation de discrétion. Il prévoit aussi une obligation de non-concurrence, directement ou par le biais de sociétés mais les associés peuvent dispenser le gérant de cette obligation, en plus sans reprise de l'exigence de l'unanimité pour cette décision valant pour les EPE.

<sup>404</sup> Révocation du gérant statutaire – au sens ici de la dérogation à la gestion légale- ou nommé par un associé sur prévision statutaire pour cause grave par le tribunal à la suite de la demande d'associés représentant le dixième de l'ensemble des parts sociales (non de chaque associé comme en droit français), disposition d'ordre public (art. 61) ; révocation en cas de gérance statutaire par décision des associés représentant la majorité des parts sociales (art. 59), disposition d'ordre public quant à la compétence de l'assemblée pour effectuer la révocation ; mais les statuts pouvant prévoir une majorité renforcée (prévision qui doit être combinée pour être comprise quant à ses effets possibles avec l'absence d'une prévision d'exclusion de l'associé-gérant du vote concernant sa révocation), ainsi que des causes de révocation en cas de gérance à durée déterminée (la révocation étant a contrario impérativement ad nutum pour ce qui concerne ses causes en cas de gérance à durée indéterminée), étant toutefois prohibée, croyons-nous, l'exclusion statutaire de la révocation par l'assemblée en cas d'existence de cause grave en la personne du gérant. V. aussi art. 60 sur le droit de l'associé ayant nommé sur le fondement de clause statutaire un ou plusieurs gérants de les révoquer à tout moment.

seulement en parts sociales pour la prise de décisions, comme dans les SARL, dispositif n'étant pas toutefois d'ordre public, les statuts pouvant reprendre le dispositif de double majorité des EPE (art. 72 par. 4,6) et il a même permis la prévision statutaire de l'unanimité pour certaines décisions (non pour la révocation du gérant- art. 72 par. 6 en combinaison avec l' art. 59), solutions laissant une place particulièrement importante à la liberté statutaire et permettant l'attribution d'une importante dose de caractère « contractuel » à la société (v. supra sur le sens et les incertitudes du terme contractuel pour les sociétés à risques limités). Il a permis plus généralement la prise de décision à l'unanimité des associés sans tenue d'une assemblée, avec rédaction d'un écrit, et la même possibilité en cas d'accord unanime des associés d'omettre la tenue d'une assemblée (art. 73). Le législateur grec a ainsi rompu pour les IKE avec le caractère d'ordre public de la prise des décisions par la collectivité des associés en assemblées valant pour les EPE et il est même allé au-delà de ce qui est permis pour les SARL, car la loi grecque ne contient pas une prévision d'ordre public de la prise en assemblée de certaines décisions des associés de l'IKE, comme c'est le cas dans la SARL. Il est aussi à noter que la loi a reconnu aux statuts de l'IKE la possibilité d'imposer des plafonds au nombre des droits de vote dont dispose chaque associé, une prévision qui permet à la liberté statutaire d'augmenter l'élément personnel dans la société, en limitant le pouvoir des apporteurs en capital (art. 72 par.2 L4072/2012).

#### **Le pouvoir dans les SA/AE et son impératif renforcé : l'assemblée générale**

Les questions les plus importantes en matière d'organisation du pouvoir se posent bien sûr dans les sociétés anonymes. Il s'agit aussi bien pour le droit français que pour celui grec du type social qui est le plus empreint d'ordre public sociétaire, car il est typiquement destiné à constituer la forme juridique de l'entreprise importante et ouverte au public: la SA et l'AE sont ainsi les lieux des manifestations les plus importantes du phénomène du pouvoir économique et des conflits d'intérêts dans le cadre des sociétés mais aussi des formes sociales souvent avec forte implication de l'intérêt général, même indirectement. Caractéristique importante commune pour les deux droits, la collectivité des actionnaires est impérativement exclue de la gestion externe de la société anonyme, la direction de la société étant plus généralement impérativement confiée à des organes spécialisés. La jurisprudence française exprime cette réalité en dégagant le principe dit de la hiérarchisation et de la spécialisation des organes de la SA, principe qui exclut l'assemblée des actionnaires de l'immixtion ou empiètement aux compétences des organes de direction ; ainsi, même si les statuts de la SA sont réputés pouvoir soumettre certains actes des organes de direction à l'autorisation de l'assemblée, toujours avec des effets purement internes, cette possibilité ne peut pas aboutir à retirer aux organes de direction leur pouvoir



général d'ordre public d'administration de la société<sup>405</sup>. Un courant important de la doctrine française en tire la conclusion que l'assemblée générale de la SA n'est plus l'organe souverain dans la société et que la théorie des dirigeants mandataires des associés n'exprime plus la réalité juridique<sup>406</sup>. Ce courant souligne d'ailleurs l'importance des besoins de la gestion de la grande entreprise capitaliste que la SA exprime juridiquement dans cette évolution. Les solutions du droit grec sont toutefois plus mitigées en la matière, en donnant davantage de place au point de vue plus traditionnel selon lequel la collectivité des actionnaires est souveraine dans la société : ainsi, si l'assemblée ne peut pas représenter la société anonyme, elle peut, selon l'opinion dominante, adresser des instructions générales au conseil d'administration et statuer sur des actes de gestion particuliers même en dehors de prévision statutaire –et a fortiori sur le fondement d'une telle prévision-, toujours toutefois impérativement avec des effets purement internes à la société et en plus, comme en droit français, pourvu qu'elle ne vide pas de sens la mission légale d'ordre public du conseil (solutions fondées sur l'art. 33 L2190/1920, selon lequel l'assemblée est l'organe suprême de l'AE, pouvant décider de toute affaire sociale, et sur l'art. 22 par.1 de la même loi, fixant les compétences du conseil d'administration et par. 2, reconnaissant avec effet purement interne des restrictions au pouvoir du conseil résultant de décisions de l'assemblée. Comp. pour le droit français L225-96 al.1, L225-97, L225-98 al.1, L225-100 al.10 C.com., énumérant les compétences de l'assemblée des actionnaires attribuées à elle par la loi, sans lui attribuer une compétence générale de statuer sur toute affaire sociale) ; la même opinion dominante accepte que la réalisation de certaines opérations de gestion particulièrement importantes par le conseil d'administration nécessite l'autorisation de l'assemblée même sans fondement exprès légal (p.ex. cession d'une branche importante d'activité ou conclusion d'un pacte de domination de la société-v. Partie II)<sup>407</sup>. Mais l'assemblée des actionnaires ne peut être identifiée avec la société, comme le voulait une

---

<sup>405</sup> V. l'arrêt Motte de la Cour de cassation, C. cass 4 juin 1946, JCP 1947 II, 3518 note D. Bastian. V. aussi M. Germain-V. Magnier in *Traité de Ripert-Roblot*, nos 1584, 1671, Ph. Merle, no 459.

<sup>406</sup> J. Paillusseau "Les fondements modernes...", n<sup>o</sup> 5, relevant "la réception de l'idée d'une structure organique et hiérarchique du pouvoir dans la société – l'idée étant particulièrement forte dans la société anonyme", tout en soulignant que "la souveraineté, c'est l'aptitude à détenir la plénitude des compétences, la division organique c'est la division et la repartition du pouvoir".

<sup>407</sup> N. Rokas, p. 176, 249 suiv., L. Kokkinis in "Droit de la société anonyme" (dir. E. Perakis), t. 4, p. 178 suiv. V. aussi Eph (CA) Athènes 4864/2000, EEmpD 2003, 69, obs. Psaroudakis. V. aussi L. Athanassiou « Actionnaires et surveillance sociétaire », monographie précitée, p. 111 suiv., sur la participation de l'assemblée générale de la société anonyme dans la prise de décisions de gestion, M. Milathianaki « Le partage des pouvoirs entre l'assemblée générale et le conseil d'administration de l'AE », éd. Nomiki Vivliothiki 2013.

conception plus ancienne, en étant en effet un organe de celle-ci, même « suprême », ces compétences dans la société trouvant des limites d'ordre public dans la loi et dans la nature « corporative » de l'AE (v. supra)<sup>408</sup>. La tenue de l'assemblée générale au moins une fois par an et dans les six mois de la clôture de l'exercice est de droit impératif pour les deux droits sous comparaison (L225-100 al.1 C.com., offrant toutefois une possibilité de prorogation par décision de justice, 25 L2190/1920). Les deux droits réservent d'ailleurs impérativement à l'assemblée des actionnaires les modifications des statuts, la dissolution, les restructurations, la transformation de la société, les nominations et la révocation des dirigeants et des commissaires aux comptes, l'approbation des comptes sociaux et l'affectation des résultats – suivant la distinction des assemblées en extraordinaires (ou statutaires selon la terminologie grecque) et ordinaires, selon l'importance de la décision devant être prise, avec des exigences différentes de quorum et de majorité pour chaque type d'assemblée (L225-96 à L225-100 C.com., 29, 34 -avec quelques exceptions prévues dans son par. 2- L2190/1920). Ces seuils sont sans aucun doute d'ordre public comme minima exigés par la loi pour la prise valable de décisions (v. infra Partie II sur la question et les enjeux de la liberté des statuts de les augmenter)<sup>409</sup>. Ils sont d'ailleurs calculés selon un principe d'égalité proportionnelle des actionnaires, le poids de leur participation à l'assemblée comme organe de leur collectivité étant en principe proportionnelle à leur participation au capital, suivant une conception liant risque et pouvoir (v. infra sur le principe

---

<sup>408</sup> V. G. Triantafyllakis, monographie précitée sur l'intérêt de l'entreprise, p. 258 suiv.

<sup>409</sup> En droit français, l'assemblée générale extraordinaire est exclusivement compétente pour toute modification statutaire, tandis qu'en droit grec elle est exclusivement compétente seulement pour la liste de modifications des statuts prévues dans l'art. 29 §3 (changement de nationalité de la société, modification de l'objet social, restructurations, transformation, dissolution, en principe augmentation ou réduction du capital, modification de l'affectation des bénéfices prévue dans les statuts). D'autre part, l'art. 34 par.1 permet aux statuts de l'AE de prohiber par clause expresse toute modification de leur contenu, possibilité qui n'existe pas, semble-t-il, en droit français, la compétence de l'assemblée extraordinaire de modifier les statuts étant ex lege et d'ordre public. Pour le reste, la logique des deux droits est en principe la même en matière d'assemblée générale, avec toutefois l'existence de différences parfois significatives quant aux seuils exigés: pour l'assemblée ordinaire, quorum du quart des actions ayant droit de vote sur première convocation pour le droit français, du cinquième des actions représentant le capital social libéré pour le droit grec, absence de quorum sur deuxième convocation, prise des décisions avec majorité absolue des actions présentes ou représentées ; pour celle extraordinaire, quorum du quart sur première convocation, du cinquième sur deuxième convocation des actions ayant droit de vote, avec possibilité de prorogation de l'assemblée pour le droit français, des deux tiers sur première convocation, de la moitié sur deuxième et du tiers sur troisième convocation des actions représentant le capital social libéré ou du cinquième de ce capital dans les sociétés cotées ou si objet de la délibération est l'augmentation du capital en droit grec, la décision nécessitant pour les deux droits la majorité des deux tiers des actions présentes ou représentées). Sur les assemblées spéciales en droit français v. L225-99 C. com., Y. Guyon « Assemblée d'actionnaires », Répertoire de droit des sociétés Dalloz. V. sur ces questions N. Rokas, p. 258 suiv., Ph. Merle, n<sup>os</sup> 481 suiv., 491 suiv.

et ses exceptions importantes). Les deux droits exigent toutefois encore pour certaines décisions particulièrement importantes impérativement l'unanimité des actionnaires (v. infra Partie II sur la question de la possibilité d'introduction statutaire de clauses d'unanimité dans la prise des décisions, aboutissant à des SA/AE avec de forts éléments personnels)<sup>410</sup>. Parmi les décisions les plus importantes, on doit relever l'augmentation du capital, traditionnellement en droit français impérativement de la compétence exclusive de l'assemblée générale extraordinaire, à cause des bouleversements qu'elle peut avoir dans les équilibres politiques et financiers au sein de la société (L225-129 al.1) ; le droit grec adopte lui aussi en la matière traditionnellement le principe d'ordre public de la compétence de l'assemblée extraordinaire (29 par.3 L2190/1920), sous réserve toutefois de la ratification de l'augmentation par les assemblées spéciales des actionnaires titulaires éventuellement de catégories différentes d'actions dont les droits sont touchés par l'augmentation- art. 13 par. 12 de la loi) ; il laisse toutefois une place importante à la liberté statutaire, les statuts pouvant sous conditions et limites quantitatives confier la décision sur l'augmentation à l'assemblée ordinaire ou même au conseil d'administration pour les cinq premières années de la société, ce pouvoir du conseil étant renouvelable pour cinq ans par décision de l'assemblée statutaire (13 par.1 à 4 L2190/1920)<sup>411</sup>. La tendance des deux droits est d'offrir de plus larges marges aux sociétés pour l'appréciation de l'opportunité de l'augmentation du capital, avec la reconnaissance de la possibilité de délégation par l'assemblée extraordinaire aux organes de direction de la société de son pouvoir de décider l'augmentation, délégation limitée dans le temps (L225-129 al.1 C.com., 13 par.1 cas b L2190/1920, mais seulement en droit grec pour une valeur ne pouvant pas excéder celle du capital social libéré au moment de la prise de la décision de délégation). En tout cas, la suppression du droit préférentiel de souscription des actionnaires en cas d'augmentation du capital par des apports en numéraire demeure impérativement une compétence de

---

<sup>410</sup> V. ainsi L225-96 (augmentation des engagements des actionnaires-v. infra), L225-97 (changement de la nationalité de la société), L227-3 C.com (transformation de la SA en SAS), 66 L2190/1920 (transformation de l' AE en société en nom) et -selon un principe d'ordre public virtuel- diminution des droits de l'ensemble des actionnaires, la diminution de droits ayant été attribués personnellement à un actionnaire nécessitant en tout cas en droit grec son consentement.

<sup>411</sup> Dans le cadre de ce dispositif, le conseil peut décider avec une majorité des deux tiers de ces membres une augmentation de valeur au maximum égale au montant du capital initial, tandis que l'assemblée ordinaire peut décider une augmentation du capital ne dépassant pas le cinquième du capital initial. Ces augmentations ne sont pas réputées par la loi constituer des modifications des statuts. Pourtant l'assemblée extraordinaire demeure impérativement compétente pour l'augmentation, si les réserves de la société dépassent le quart du capital libéré. Sur le dispositif grec d'augmentation du capital v. G. Triantafyllakis, commentaire de l'art. 13 L2190/1920 (augmentation du capital - sauf par. 9 sur les stock-options), in E. Perakis (dir.) « Droit de la société anonyme », t. 2B, Nomiki Vivliothiki 2004, 2e édition, p. 63.

l'assemblée générale extraordinaire (L225-135 C.com., 13 par.10 L2190/1920 ; mais il est d'autre part vrai que le droit français reconnaît désormais la possibilité d'émission d'actions sans droit préférentiel- v. infra plus généralement sur les actions avec « privilège » négatif)<sup>412</sup>. La convocation des assemblées, l'information dispensée aux actionnaires, les modalités de leur participation aux assemblées des sociétés anonymes donnent lieu au développement d'un lourd formalisme dans les deux pays sous comparaison, formant traditionnellement une bonne partie du corps de l'ordre public sociétaire, avec toutefois des résultats quant à la participation effective des actionnaires plutôt décevants<sup>413</sup>. Evolution

---

<sup>412</sup> En droit français, cette possibilité de délégation portant sur la décision même de l'augmentation –et non, comme c'était auparavant le cas, sur les modalités de sa réalisation, a été introduite en 2004. V. sur les conditions et délais de ces délégations (de vingt-six mois maximum pour le droit français, de cinq ans renouvelables pour le droit grec) v. M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy n<sup>os</sup> 769 suiv., A. Lienhard, D. 2004, p. 1956, N. Rokas, p. 439 suiv. Les actionnaires peuvent renoncer à titre individuel à leur droit préférentiel pour une augmentation donnée (ainsi expressément L225-132 al. 4 C. com.).

<sup>413</sup> Les deux droits imposent la convocation de l'assemblée générale en principe par les organes « exécutifs » de la société (v. infra sur la possibilité d'autres personnes de convoquer l'assemblée), en ne reconnaissant pas des assemblées "auto-convoquées" Sur l'ordre du jour comme limite au pouvoir de l'assemblée de prendre valablement des décisions v. L225-105 C.com., 26 par.2 L2190/1920, Ph. Merle n<sup>o</sup> 465, N. Rokas, p. 251 suiv. Les deux droits réglementent d'une manière assez détaillée la procédure de convocation et les modalités et le contenu de l'information devant être dispensée aux actionnaires ainsi que leur légitimation de participer à l'assemblée. Particularités plus importantes du droit grec, l'obligation de dépôt de l'ordre du jour au moins 20 jours avant l'assemblée à l'autorité administrative compétente pour la surveillance de la société (la même obligation existe après l'assemblée pour dépôt à l'administration d'une copie certifiée conforme du procès-verbal de celle-ci), la publication de l'avis de convocation et des comptes sociaux au JO pour toutes les sociétés anonymes, les publications traditionnellement impératives de l'avis de convocation et des comptes sociaux dans la presse politique et économique (assouplies toutefois en 2007 et même pouvant être écartées pour les sociétés non cotées dont toutes les actions sont nominatives, avec l'utilisation d'un exploit d'huissier ou, comme en droit français, de lettres recommandées ou simples ou courriers électroniques aux actionnaires) -art. 26, 26A de la loi. Pour le droit français v. art. R225-66 suiv., M. Germain-V. Magnier no 1578. Le droit de l'actionnaire de se faire représenter est d'ordre public dans les deux droits, avec comme particularité plus importante du droit français le dispositif des "mandats en blanc" – fonctionnant au profit des dirigeants de la société (L225-106 C.com.) - v. avec plus de détails Ph. Merle, n<sup>o</sup> 461 suiv. et pour le droit grec la réglementation des procurations données aux banques (art. 30b de la loi –forme écrite de la procuration entièrement complétée au moment de son octroi, délai maximum de 15 mois de la procuration, libre révocabilité de celle-ci). V. infra sur les droits d'information comme droits des minoritaires ou droits individuels. Le droit français est caractérisé par le droit de tout actionnaire ayant des titres nominatifs de demander à la société avant l'assemblée générale l'envoi d'un grand nombre de documents et d'informations lui permettant de statuer en connaissance de cause dans l'assemblée; parallèlement à ce droit, la société doit offrir à tout actionnaire la possibilité de consulter sur place à son siège social ces documents essentiels (L225-108, L225-115, R225-81 suiv. C.com). Le droit grec prévoit seulement le droit de l'actionnaire de prendre dix jours avant l'assemblée générale au siège social des copies les comptes annuels et les rapports adressés à l'assemblée (art. 27}1 L2190/1920). En comparant globalement, on doit constater que l'information que la société anonyme non cotée doit impérativement de sa propre initiative offrir aux actionnaires est quantitativement plus développée en France qu'en Grèce. Sur l'information

importante vers la reconnaissance de la réalité d'AE "fermées", la loi grecque a permis en 2007 la prise des décisions dans les AE non cotées par rédaction et signature du procès-verbal par tous les actionnaires, sans réunion effective de l'assemblée, recul certain de l'ordre public en la matière – 32 §3 L2190/1920, possibilité qui est impérativement exclue en droit français<sup>414</sup>. En plus, le caractère impératif des dispositions sur les modalités de convocation des assemblées des sociétés anonymes a des limites « en aval », car les deux droits acceptent la possibilité de guérison des vices de la convocation, par la tenue d'une « assemblée universelle », à savoir celle dans laquelle tous les actionnaires sont présents ou représentés (L225-104 C.com., 26 §3 L 2190/1920 ; par contre doit être exclue comme contraire à l'ordre public la validité des clauses statutaires écartant en amont les formalités de convocation légales au-delà de ce que les deux droits permettent)<sup>415</sup>. Plus généralement, on pourrait conclure que les blocs de droit impératif destinés à permettre en droit français et en droit grec aux actionnaires d'exercer leurs droits politiques « démocratiques » au sein de la société ont historiquement largement échoué devant la réalité de la division des actionnaires en actionnaires possédant le contrôle et actionnaires bailleurs de fonds et – notamment en France - l'asymétrie des pouvoirs entre management et actionariat dispersé ; on ne devrait pas néanmoins sous-estimer le développement ces dernières années en France d'un certain activisme des actionnaires minoritaires. D'ailleurs, actionnaire minoritaire ne signifie plus nécessairement actionnaire faible (c'est notamment le cas avec les investisseurs institutionnels). On ne doit pas en plus oublier que les assemblées d'actionnaires maintiennent –notamment par leur pouvoir de révoquer les dirigeants et la menace de cette révocation – une utilité comme une dernière instance de contrôle sur les dirigeants dans les sociétés avec dissociation entre actionnaires et management. Il est aussi à noter que les décisions les plus importantes des assemblées sont soumises à des dispositifs d'ordre public de publicité largement convergents pour les deux droits sous comparaison sous l'influence de l'harmonisation communautaire (v. les

---

supplémentaire que les associés peuvent demander dans les deux droits sous comparaison v.infra. Sur les dispositifs de diffusion de l'information sur les actionnaires en vue de l'assemblée v. L225-116 C.com. (droit de tout actionnaire d'obtenir communication de la liste d'actionnaires avant l'assemblée), 27}2 L2190/1920 (affichage au siège social deux jours avant l'assemblée des titulaires de droits de vote). Sur la procéduralisation du droit des sociétés et l'importance de la procédure de la prise de décisions, avec une exigence de "juste procédure" v. L. Athanassiou, monographie précitée, p. 223 suiv.

<sup>414</sup> E. Perakis "Le nouveau droit...", p. 24. Par contre, en droit français, en cas de signature de procès-verbal sans tenue effective de l'assemblée il y a le délit de faux (v. Ph. Merle, n° 484).

<sup>415</sup> V. sur l'assemblée universelle M. Cozian- A. Viandier-Fl. Deboissy, n° 652, N. Rokas, p. 254. Le droit grec prévoit expressément la couverture même de l'inexistence de convocation, si tous les actionnaires sont présents ou représentés et personne ne contredit la réalisation de l'assemblée et la prise de décisions.

articles précités de droit commun pour les publicités des sociétés commerciales en droit français, l'art. L210-5 C.com. et l'art. L232-22 C.com. sur la publicité des comptes sociaux et l'affectation du résultat et pour le droit grec les art. 7a, 7b L2190/1920 et désormais L3419/2005 et infra sur les sanctions en cas de non observation de ces obligations de publicité)<sup>416</sup>. Particularité historique capitale du droit grec aujourd'hui en recul net, le développement des effets de certaines décisions des assemblées très importantes nécessitait traditionnellement un acte administratif les approuvant après contrôle de leur légalité, la décision développant ses effets avec sa publicité au registre avec l'acte administratif l'approuvant (v. infra). Il demeure pourtant cette différence avec le droit français, que la publication des modifications statutaires dans le registre des AE est pour le droit grec constitutive, à savoir nécessaire pour l'existence juridique de l'acte (art. 4 2190/1920, 15 L ), et non simplement condition de son opposabilité, comme en droit français.

#### **Les organes de direction de la société anonyme française et l'impératif les visant**

En ce qui concerne les organes de direction de la SA et de l'AE, les deux droits ont suivi une évolution différente à partir du même point de départ, à savoir l'article 31 du Code de 1807, introduisant impérativement seulement l'administration de cette société par des mandataires des actionnaires. La pratique française a établi après la loi de 1867 le fonctionnement des administrateurs de la SA en conseil, dit le conseil d'administration<sup>417</sup>. L'évolution du droit français durant la première moitié du XXe siècle, tout en officialisant le conseil d'administration, a affaibli beaucoup son rôle au profit du président-directeur général impérativement introduit dans la structure de la SA en 1940 ; ce dernier a été en fait devenu le maître du conseil, bien qu'impérativement élu, révoqué ad nutum (à savoir sans justification, sans préavis et en principe sans indemnité) et rémunéré sur décision du conseil dont il devait être membre. Malgré la formulation pendant longtemps ambiguë de la loi en ce qui concerne les compétences respectives du président-directeur général et du conseil, le président-directeur général avait concentré entre ses mains la représentation extérieure de la société, la fixation de sa politique, la maîtrise des réunions du conseil d'administration, en

---

<sup>416</sup> Le droit grec prévoit une obligation de la société de déposer tous les procès-verbaux de ses assemblées à l'administration, grecque, qui les enregistre au dossier observé pour le compte de la société au registre des AE (désormais registre général du commerce). Mais les actionnaires qui n'étaient pas présents ou représentés et les tiers peuvent obtenir copie de ces procès-verbaux seulement sur le fondement d'ordonnance de procureur.

<sup>417</sup> V. sur l'évolution du droit français en la matière le Traité de G. Ripert-R. Roblot no 1625, P. Didier t. 2, p. 203 suiv. et plus généralement sur le conseil d'administration dans les SA françaises Ph. Delebecque- J. Pansier "Conseil d'administration", Répertoire de droit des sociétés Dalloz.

étant d'ailleurs le maître de l'information dispensée aux membres du conseil<sup>418</sup>. Une série de dispositions traditionnels d'ordre public visant à garantir le contrôle de la collectivité des actionnaires sur le président (élection des membres du conseil d'administration par l'assemblée ordinaire – L225-18 C.com.- parmi les actionnaires - anc. art. L 225-25 C. Com., une réforme de 2008 ayant toutefois confié à la liberté statutaire ce dernier aspect, révocation ad nutum des membres du conseil – et par conséquent du président-directeur général –par l'assemblée ordinaire, sans exigence d'inscription de la question de la révocation à l'ordre du jour - L225-18 al. 2, L 225-105 al. 3 C. com.- v. aussi art. L225-44, L225-45, L225-46 sur la rémunération des administrateurs) n'ont pas obtenu pendant longtemps à mettre sous contrôle de cette collectivité les pouvoirs du président-directeur général. Cette situation était préjudiciable notamment pour les actionnaires minoritaires exclus du contrôle, tout en posant un problème important de gouvernance économique, à cause de la concentration excessive du pouvoir au sein de la société (v. infra, Titre II sur la problématique particulière de la question dans les sociétés cotées). En 1966 le législateur français a introduit une structure alternative pour les SA, inspirée du droit allemand, dans un but d'une meilleure répartition du pouvoir : cette structure dualiste comprend un organe collégial de direction (le directoire, ses membres n'étant pas obligatoirement des actionnaires et pouvant être révoqués seulement pour juste motif par l'assemblée ou aujourd'hui, si les statuts le prévoient, par le conseil de surveillance, avec comme sanction des dommages-intérêts au profit du dirigeant en cas de révocation sans concours de juste motif) et un organe de surveillance (compétent pour élire, surveiller et après 2001 révoquer le directoire, constitué jusqu'à la réforme de 2008 obligatoirement d'actionnaires, dont les membres sont élus et révocables ad nutum par l'assemblée ordinaire – v. L 225-57 suiv. C.com.). Laissé au choix des statuts, le nouveau dispositif n'a pas rencontré un grand succès<sup>419</sup>. Dès les années 1990, le droit français est intervenu impérativement dans le but

---

<sup>418</sup> V. P. Didier, t. 2, p. 199-200.

<sup>419</sup> Sur cette réforme et ses motifs P. Didier, t. 2, p. 200 suiv. et plus généralement sur la structure de la SA avec directoire et conseil de surveillance P. Le Cannu « Directoire et conseil de surveillance », Répertoire de droit des sociétés Dalloz. Le mode et le montant des rémunération des membres du directoire –obligatoirement des personnes physiques- sont fixés par le conseil de surveillance qui les nomme. Le directoire a selon la loi le pouvoir le plus étendu pour agir au nom de la société en toutes circonstances, et c'est un système de direction collégiale de la société qui est de la sorte introduit ; pourtant, ce n'est pas un principe d'action collectif de représentation de la société qui est adoptée, car c'est le président du directoire, élu par le conseil de surveillance, qui a selon la loi ce pouvoir de représentation. Mais les statuts peuvent selon la loi autoriser le conseil de surveillance à attribuer un pouvoir de représentation aussi à un ou plusieurs autres membres, qui sont nommés directeurs généraux. L'organisation du directoire est pour le reste largement laissée par la loi au domaine de la liberté statutaire. Sur les autres compétences ex lege et d'ordre public du directoire (notamment convocation des assemblées et rédaction des comptes) v. Ph. Merle no 444. Dans les SA

de réduire le cumul des mandats des dirigeants des SA, réputés aboutir à des situations de « verrouillage » du contrôle par le biais des mandats réciproques et être générateur d'inefficacité (L225-21, L225-54-1, L225-94, L225-94-1, L225-67, L225-71 C.com.)<sup>420</sup>. Il s'est aussi efforcé de promouvoir impérativement la transparence au sein des SA, notamment pour ce qui concerne les rémunérations des dirigeants de la société (L225-102-1, L225-115 C.com.). La loi NRE de 2001 a mieux défini les missions respectives du conseil d'administration et du président-directeur général, dans un souci de mieux tracer les contours de leur hiérarchisation et spécialisation mais aussi en souhaitant renforcer le poids du conseil dans les affaires sociales, par le biais de dispositions d'ordre public (L225-35, L225-56 C.com.). Le conseil d'administration a ainsi aujourd'hui la mission de principe de déterminer les orientations de l'activité de la société et de veiller à leur mise en œuvre, tandis que, sous réserve des pouvoirs expressément attribués aux assemblées et dans la limite de l'objet social, il peut se saisir de toute question intéressant la bonne marche de la société et régler par ses délibérations les affaires qui la concernent. La loi précise en plus depuis 2003 que le conseil d'administration procède aux contrôles et vérifications qu'il juge nécessaires (art. L225-35 al.3 C.com.). Le directeur général, assumant la direction quotidienne sous le contrôle du conseil d'administration, est quant à lui investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société, il exerce ses pouvoirs dans la limite de l'objet social et sous réserve de ceux que la loi attribue expressément aux assemblées et au conseil et il représente la société à l'égard des tiers (L225-56 C.com.). Particularité importante du droit français et limite aux pouvoirs du directeur général, les cautions, avals et garanties accordés par la SA à un tiers font impérativement l'objet d'une autorisation préalable du conseil – revêtant le plus souvent la forme d'un plafond pour une durée d'une année-, sous peine en cas d'absence d'autorisation d'inopposabilité de la convention à la société (L225- 35 al. 4 C.com.)<sup>421</sup>.

---

avec un capital inférieur à 150.000 euros, les statuts peuvent prévoir que les pouvoirs du directoire seront assumés par un directeur général unique.

<sup>420</sup> Sur l'étape actuelle de la législation française en la matière v. M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy, n° 476.

<sup>421</sup> V. sur ce dispositif et le sens de l'inopposabilité M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy, no 550, Ph. Merle, no 399, et dans la jurisprudence Ch. com. C. cass. 8 déc.1998, Bul. Joly 1999, 535, obs. P. Le Cannu. S'il y a dépassement du seuil fixé, le dépassement n'est pas opposable aux tiers n'en ayant pas connaissance, sauf si le montant de cet engagement n'excède à lui seul les limites fixées par le conseil. Dans les SA avec directoire et conseil de surveillance, ce ne sont pas seulement les cautions, avals et garanties, mais aussi la cession d'immeubles par nature, la cession totale ou partielle de participation et la constitution qui sont soumises à une autorisation du conseil de surveillance. Pourtant, si l'octroi de cautions, avals et garanties est inopposable à la société en cas d'absence d'autorisation du conseil de surveillance, les autres opérations mentionnées ci-dessus ne sont opposables aux tiers en cas d'absence d'autorisation que si la société peut prouver que ces



Evolution importante, le droit français permet depuis 2001 la dissociation des fonctions du président et du directeur général par décision du conseil d'administration dans les conditions définies par les statuts ; le directeur général peut en cas de séparation des fonctions ne pas être membre du conseil et il est révocable pour juste motif, non ad nutum, avec comme sanction le paiement de dommages-intérêts par la société si la révocation a lieu sans juste motif, dispositif de révocation qui pourtant ne semble pas être d'ordre public (les statuts pourraient prévoir la révocabilité ad nutum) ; par contre, en cas de cumul de fonctions du président et du directeur général la révocabilité ad nutum par le conseil d'administration demeure d'ordre public (L225-51-1 C.com - v. aussi L225-53 al.3 sur la compétence d'ordre public du conseil pour fixer la rémunération du directeur général). Cette possibilité de séparation a été introduite dans le souci de rompre avec la concentration traditionnelle du pouvoir dans la SA (v. en plus L225-53 sur la possibilité de nomination par le conseil d'administration de directeurs généraux délégués). En cas de séparation, le président du conseil d'administration a comme fonction de droit impératif d'organiser et de diriger les travaux du conseil mais aussi de veiller au bon fonctionnement des organes de la société (art. L225-51 C.com. –v. aussi L225-36-1 sur la convocation du conseil). Est aussi introduit un droit d'ordre public sociétaire à l'information pour les membres du conseil d'administration afin que ces derniers puissent effectuer leur mission de contrôle du directeur-général (L 225-35 al. 3 C.com.). Aujourd'hui, les membres du conseil d'administration des sociétés anonymes françaises sont impérativement à un nombre entre trois et dix-huit (L225-117 al. 1 C.com. – avec une exception en cas de fusion et une autre au profit des administrateurs-salariés), ils peuvent être des personnes morales (L225-20 C. com.), ils sont élus pour un mandat ne pouvant pas dépasser en principe les six ans (L225-18 C.com.) et sont rééligibles. Ils sont d'ailleurs soumis à un régime d'incompatibilités impératives<sup>422</sup>. Pour les délibérations valables du conseil d'administration, le droit français introduit deux prévisions impératives, à savoir l'exigence d'un quorum de la moitié plus un des administrateurs présents et d'une majorité au moins de la moitié plus un des administrateurs présents ou représentés ; mais les statuts peuvent introduire l'exigence d'une majorité plus élevée (L225-37 C.com.). Preuve du caractère de la SA comme structure juridique de l'entreprise et plus généralement de gouvernance privée économique impliquant les intérêts des tiers ainsi que de l'éloignement du droit positif de la conception

---

derniers connaissaient cette absence ou ne pouvaient l'ignorer – v. Ph. Merle, no 444. En tout cas, sont exclues de l'obligation d'autorisation les cautions, avals et garanties octroyés par les sociétés exploitant des établissements bancaires ou financiers.

<sup>422</sup> Sur les incompatibilités des administrateurs des SA du droit français v. M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy, n<sup>os</sup> 503.

traditionnelle des dirigeants comme mandataires, le droit français introduit impérativement une série de dispositions d'ordre public concernant le pouvoir de représentation de la société anonyme. Ainsi, outre l'effet « curatif » de la publicité normale de la nomination des organes de direction pour les vices de cette nomination dans les relations avec les tiers (L210-9 C.com., disposition de droit commun pour toutes les sociétés commerciales), il a introduit impérativement surtout l'engagement à l'égard des tiers de bonne foi de la SA même par les actes des organes de représentation dépassant l'objet social, étant précisé que la publication des statuts avec l'objet social ne suffit pas pour établir la mauvaise foi du tiers (L225-56 al.2, L225-64 al.2 C.com.). La même prohibition impérative vaut a fortiori pour le développement à l'égard des tiers des effets des clauses statutaires ou des décisions du conseil d'administration limitant les pouvoirs des organes de représentation, indépendamment en plus de la bonne ou mauvaise foi du tiers (L225- 56 al. 3, L225-64 al.3 C.com.). Mais la société n'est pas engagée par des actes des dirigeants empiétant sur les compétences d'autres organes sociaux, notamment de l'assemblée, ni par des actes du dirigeant effectués contre l'intérêt social, si le tiers cocontractant était en mesure d'en avoir connaissance<sup>423</sup>. Le droit français introduit d'ailleurs un dispositif d'ordre public restreignant les conventions des membres de direction de la SA avec la société, dans le but de protéger le patrimoine de cette dernière et indirectement les actionnaires, mais aussi les créanciers sociaux (L225-38 suiv, L225-86 suiv., R225-30 suiv., R225-57 suiv. C.com.-v. avec plus de détails infra, Partie II). Les dernières années la montée de la puissance des actionnaires – notamment des investisseurs institutionnels – a rendu beaucoup plus fréquente la révocation des dirigeants dans les SA françaises. D'autre part, comme en matière des SARL, la procédure de révocation est « judiciarisée », avec l'exigence jurisprudentielle de respect du principe du contradictoire, le dirigeant devant être en mesure de présenter ses observations avant la révocation ; la question de la compatibilité de ces nouvelles exigences avec le principe traditionnel d'ordre public sociétaire de la révocabilité ad nutum n'est pas exempte de difficultés<sup>424</sup>. Le public français est souvent d'autre part choqué par des affaires de dirigeants sociaux qui obtiennent des rémunérations faramineuses, tout en conduisant

---

<sup>423</sup> V. M. Cozian- A. Viandier- Fl. Deboissy, nos 269 suiv., 579 suiv. – il s'agit d'une nullité absolue, pouvant être invoquée par le cocontractant mais aussi par tout tiers en ayant connaissance et intérêt à agir.

<sup>424</sup> C. cass. Ch. com. 24 janvier 1998, JCP E 1998 I, n° 6, obs. A. Viandier-J.-L. Caussain, 12 mai 2004 Bul. Joly Sociétés 2004, p. 1275, 15 mai 2007 JCP E 2007,2158 note A. Viandier. V. aussi M. Cozian-A. Viandier- F. Deboissy, no 544. La sanction de l'inobservation du principe du contradictoire n'est pas la nullité de la révocation mais l'obligation de payer des dommages-intérêts au dirigeant révoqué, même dans les cas de révocabilité ad nutum. Pareille est la sanction en cas de révocation injurieuse ou vexatoire- v. M. Cozian-A. Viandier-F. Deboissy, no 543.

souvent finalement leurs sociétés à l'échec. Le droit français ne contient pas de dispositions impératives expresses de portée générale en la matière, mais la jurisprudence utilise plusieurs mécanismes du droit des sociétés, participant à l'ordre public sociétaire largement conçu, pour s'efforcer de sanctionner ces excès (v. infra sur les stock-options et leur réglementation impérative par le droit français)<sup>425</sup>. Pour conclure, le droit français s'efforce aujourd'hui de combiner une réglementation impérative détaillée des organes de direction de la SA, conformément à leur destination d'être des centres de pouvoir et de gouvernance privée économiques, avec la possibilité offerte aux actionnaires de quelques choix fondamentaux concernant les structures de ce pouvoir (notamment entre SA avec conseil d'administration et SA avec directoire et conseil de surveillance et dans le premier cas de l'alternative, entre SA avec président- directeur général ou avec dissociation de ces fonctions- v. d' ailleurs infra sur la SAS comme structure alternative à la SA pour les sociétés non cotées).

#### **Le conseil d'administration de la société anonyme grecque (AE)**

De l'autre côté de la comparaison, le droit grec, tout en maintenant impérativement un système moniste de direction, se présente comme plus empreint de supplétif et moins influencé par le principe de spécialisation des organes sociaux que celui français en matière de l'organe de direction de l'AE. A la différence du droit français, il a ainsi maintenu comme seul organe obligatoire légal de direction de l'AE le conseil d'administration, avec comme mission légale de diriger la société, de la représenter à l'égard des tiers, de gérer le patrimoine social et de faire tout acte nécessaire pour la poursuite de l'objet social, le conseil exprimant la volonté de l'AE (art. 18, 22 L2190/1920)<sup>426</sup>. Ainsi, à la différence de l'

---

<sup>425</sup> La jurisprudence française utilise ainsi les mécanismes de la faute de gestion, de l'abus de majorité, de l'abus de biens sociaux ou invoque la violation des "règles essentielles" qui régissent la société, notamment celle de la libre révocabilité des dirigeants sociaux. En plus, selon une jurisprudence de la Cour de cassation, en cas de rémunération excessive des dirigeants exécutifs des sociétés anonymes, cesse la compétence exclusive du conseil d'administration et il y a besoin d'agrément de l'assemblée générale de la société, selon la procédure des conventions réglementées (Ch. com. 24 octobre 2000, RJDA 2/2001, n°277). Sur la réaction du droit fiscal français en cas de rémunération excessive v. art.39-1-1° al.2 CGI. Plus généralement sur la question des rémunérations excessives des dirigeants v. F.Garros « La rémunération excessive des dirigeants des sociétés commerciales », Rev. soc. 2004, p.725.

<sup>426</sup> V. N. Rokas 312 suiv., S. Mousoulas in "Droit de la société anonyme" (dir. E. Perakis), t. 3, p. 119 suiv. L'introduction statutaire d'un système dualiste (directoire – conseil de surveillance) ne semble pas possible en droit grec. Le droit grec adopte la théorie organique pour l'administration de toutes les personnes morales (67 suiv AK). L'organe d'administration est ainsi réputé exprimer comme organe de la personne morale elle-même la volonté de cette dernière. Toutefois, ce dispositif

évolution du droit français, le droit grec n'introduit pas impérativement un président ou directeur général avec la mission de gérer au quotidien la société et de la représenter à l'égard des tiers et ne confine pas le conseil d'administration à un rôle de définition de la stratégie et de contrôle du directeur général, en adoptant ainsi une conception moins centralisatrice sur la gestion quotidienne et la représentation de la société (v. d'ailleurs supra sur la possibilité de l'assemblée d'intervenir à la gestion de la société en engageant le conseil et ses limites). La loi grecque adopte le principe de l'action collective du conseil d'administration, principe qui signifie -paradoxalement peut-être aujourd'hui pour le juriste français- que les administrateurs majoritaires dans une délibération du conseil peuvent exécuter la décision collective de ce dernier valablement prise par eux en représentant la société à l'égard des tiers<sup>427</sup> ; est toutefois toujours possible bien sûr l'octroi de procurations par le conseil dans le but d'exécution de ses décisions<sup>428</sup>. En plus, l'action collective du conseil d'administration n'est pas d'ordre public et les statuts peuvent permettre au conseil de confier des tâches particulières ou même l'ensemble de son pouvoir de gestion et de représentation à un ou plusieurs membres du conseil agissant individuellement ou collectivement ou même à des tiers, non membres du conseil, par décision devant être publiée pour développer ses effets à l'égard des tiers, ces personnes agissant dans ces cas comme organes de la société, avec pouvoir de décision (22 §3 L2190/1920). Ce transfert de pouvoirs a comme limite d'ordre public de ne pas vider de sens la mission légale du conseil d'administration, ce dernier ayant toujours le pouvoir et l'obligation de contrôler sous sa responsabilité le délégataire du pouvoir et pouvant le révoquer à tout moment, et de ne pas empiéter sur certains pouvoirs propres confiés par la loi exclusivement au conseil (notamment convocation des assemblées et rédaction des comptes) ; le délégataire du pouvoir est d'ailleurs un organe subalterne et doit obéir aux instructions du conseil et en plus, selon un courant dans la doctrine qui semble majoritaire, le conseil maintient toujours impérativement la possibilité d'exercer à tout moment parallèlement au délégataire les pouvoirs délégués (v. infra Partie II sur les débats et les enjeux dans le cadre de certains montages sociétaires). Le délégataire peut octroyer des sous-délégations à une ou

---

n'est pas lié dans la problématique de la doctrine avec la question de l'autonomie relative des administrateurs face aux membres du groupement mais avec celle de la responsabilité délictuelle de la personne morale elle-même pour les actes de ses organes, reconnue par l'art.71 AK (le représentant ou mandataire non préposé ne peut pas engager par ses actes la responsabilité délictuelle de son représenté ou mandant). Pour le reste, l'AK renvoie à l'application analogique (à savoir : adaptée) de ses dispositions sur la représentation et le mandat pour ce qui concerne le régime des administrateurs des personnes morales.

<sup>427</sup> V. Antonopoulos, op. cit., p.420.

<sup>428</sup> V. V. Antonopoulos, op.cit., p.429 suiv.

plusieurs personnes, administrateurs ou tiers, pourvu que les statuts ne prohibent pas une telle possibilité et que cette dernière soit prévue par la décision du conseil décidant la délégation<sup>429</sup>. Nous voyons plus généralement que le droit grec, tout en étant plus supplétif que le droit français quant à la représentation de la société anonyme, peut créer davantage d'insecurité que celui français aux cocontractants de la société quant aux personnes représentant valablement cette dernière. En tout cas, la pratique grecque connaît très largement la même tendance que celle en France vers la concentration des pouvoirs du conseil d'administration entre les mains de la même personne, ayant le plus souvent le titre du conseiller dirigeant (diefthínon símvoulos), à savoir un membre du conseil d'administration auquel est selon l'art. 22 L2190/1920 délégué le pouvoir du conseil sur le fondement de prévision statutaire. Le conseil est élu par l'assemblée générale ordinaire, ses membres ne devant pas obligatoirement être actionnaires (18, 34 L 2190/1920). Après la réforme de 2007 les membres du conseil d'administration sont impérativement et expressément au moins trois et les personnes morales peuvent devenir administrateurs de l'AE, avec obligation de la personne morale élue administrateur de nommer une personne physique la représentant au sein de la société. Le mandat des administrateurs est, comme en droit français, au maximum de six ans, mais librement renouvelable (18 §2, 19 L 2190/1920)<sup>430</sup>. Exception à la compétence d'ordre public de l'assemblée de nommer les administrateurs – particularité intéressante que le droit grec partage avec le droit allemand –, la loi reconnaît aux statuts la possibilité de confier à un actionnaire le droit de nommer jusqu'au tiers des membres du conseil - dans une logique de participation à la société avec de forts éléments d'intuitus personae (18 par.3 L2190/1920). Il s'agit d'un droit dont la nature interdit son incorporation aux actions<sup>431</sup>. La nature juridique exacte du lien entre les membres du conseil d'administration à la société est débattue. Selon l'opinion dominante, la

---

<sup>429</sup> V. Antonopoulos p. 436, N. Rokas, p. 181, S. Mousoulas, op.cit., p. 136. Les statuts ne peuvent pas d'autre part introduire un dispositif d'action individuelle de chaque administrateur, comme celui dans les sociétés de personnes- v. V. Antonopoulos, p. 421. Sur la distinction entre le pouvoir de gestion et représentation organique octroyé sur fondement de prévision statutaire à une personne déterminée et la procuration octroyée par le conseil pour l'exécution de ses décisions v. V. Antonopoulos, op. cit., p. 432 suiv.. V. aussi art. 22 par. 3 tel qu'il résulte après la réforme de 2007 sur le pouvoir reconnu aux statuts de permettre ou d'imposer la délégation du contrôle interne de la société à une ou plusieurs personnes, non membres du conseil ou membres de ce dernier, si des dispositions de la loi ne le prohibent pas ; mais ces personnes ne sont pas des organes de la société – au sens qu'ils n'expriment pas sa volonté-, et la doctrine les qualifie comme simple service de la société subalterne au conseil d'administration, dont elles constituent l' « œil » au sein de la société – V. Antonopoulos, op. cit., p. 438-439. V. infra, Titre II, sur le contrôle interne et la « gouvernance d'entreprise » dans les sociétés cotées.

<sup>430</sup> Sur les incompatibilités des administrateurs de l'AE v. N. Rokas p. 284, S. Mousoulas in "Droit de la société anonyme" (dir. E. Pérakis), t. 3, p. 43 suiv.

<sup>431</sup> V. S. Mousoulas in "Droit de la société anonyme" (dir. E. Pérakis), t. 3, p. 81.

relation entre les administrateurs et la société est d'ordre public organique, car le conseil exprime la volonté de la société, mais elle est fondée sur un autre rapport juridique sous-jacent (le plus souvent contrat de services indépendants, si le dirigeant est rémunéré, ou mandat du droit grec-entoli, en principe à titre gratuit- dans le cas plus rare du dirigeant non rémunéré). La conséquence pratique en est que selon la doctrine dominante, à la différence du droit français, la révocabilité ad nutum d'ordre public des administrateurs (v. infra) concerne le rapport organique entre la société et l'administrateur, non la relation de base, qui est résiliée selon son droit propre, un point de vue qui rend la révocation plus difficile – mais la jurisprudence grecque ne semble pas partager cette analyse<sup>432</sup>. Les rémunérations des administrateurs sont fixées soit par les statuts, soit par l'assemblée ordinaire, avec toutefois possibilité d'ordre public de diminution par le tribunal des rémunérations fixées par décision de l'assemblée et jugées excessives, si des actionnaires représentant le dixième du capital se sont opposés à la décision (autre particularité intéressante du droit grec, au profit des actionnaires minoritaires- 24 L2190/1920, dont toutefois la portée se trouve diminuée par l'exclusion de son champ des rémunérations des administrateurs perçues sur le fondement de relations « spéciales » de travail ou de services avec la société). Comme nous avons suggérés ci-dessus, les membres du conseil sont révoqués en principe impérativement ad nutum par l'assemblée ordinaire, comme en droit français. Cela sauf les membres nommés par un actionnaire sur prévision statutaire, qui sont révocables ad nutum par l'actionnaire qui les a nommés ou, à la demande d'actionnaires représentant le dixième du capital libéré, par décision de justice pour cause grave, cette dernière possibilité étant d'ordre public (18 par.3, 19 par.2 L2190/1920). En plus de l'obligation traditionnelle de non-concurrence de la société pesant sur les membres du conseil (23 L2190/1920), disposition réputée toutefois par la doctrine grecque de droit supplétif, la réforme de 2007 a introduit une obligation générale expresse de loyauté à leur charge et à la charge des tiers délégataires du pouvoir organique (22a par.3a L2190/1920), une obligation impérative particulièrement importante en matière de conflits d'intérêts avec la société (22a par.3b L2190/1920 sur l'obligation de divulgation à la charge de ces personnes de toute situation d'un tel conflit éventuel d'intérêts - v. aussi art. 22a par. 3 sur l'obligation de confidentialité des administrateurs)<sup>433</sup>. Le conseil d'administration doit élire parmi ses membres un

---

<sup>432</sup> Voir N.Rokas, p. 283-284, I.Markou (en grec) « Le caractère du rapport juridique d'administration de l'AE », El. D/ni 2000, p.293.

<sup>433</sup> Selon le nouveau paragraphe 3a de l'art. 22, est interdit aux membres du conseil d'administration et de toute personne à laquelle sont confiées des tâches d'administrateur de poursuivre leurs intérêts propres contraires à ceux de la société, tandis que les mêmes personnes doivent révéler à temps utile toute situation de conflit d'intérêts avec la société. V. aussi l'art. 69 AK

président, qui toutefois ne représente pas la société à l'égard des tiers, sauf prévision statutaire, comme déléataire du pouvoir (v. art. 20 sur la convocation du conseil et le procès-verbal). Le conseil délibère valablement suivant deux exigences impératives : d'abord un quorum de membres présents ou (à la différence du droit français) représentés au moins de la moitié plus un de l'ensemble de ses membres, dont toutefois le nombre ne doit pas être inférieur à trois ; ensuite, comme en droit français, une majorité absolue des membres présents ou représentés (chaque administrateur pouvant, comme en droit français, représenter seulement un autre). Si la majorité absolue est une exigence avec caractère d'ordre public comme minimum, les statuts peuvent augmenter le quorum et la majorité exigés et selon la doctrine et la jurisprudence même imposer l'unanimité pour la prise de la décision, à la différence du droit français<sup>434</sup>. En rupture toutefois avec la tradition considérant comme d'ordre public la prise des décisions du conseil par réunion de ses membres avec un quorum minimum, la réforme de 2007 a permis la prise de décision par les administrateurs sans réunion effective, pourvu que tous les administrateurs signent le procès-verbal de la décision, possibilité qui n'existe pas en droit français. Comme en droit français, est d'ordre public l'égalité du droit de vote entre administrateurs (sauf pour le vote du président en cas de partage des votes, en droit grec seulement si les statuts le prévoient – v. art. 21 sur les décisions du conseil d'administration)<sup>435</sup>. Points importants de convergence avec le droit français, largement sous l'influence de l'harmonisation communautaire et avec le même impact qu'en droit français sur la conception de la société anonyme et de ses dirigeants, le droit grec introduit d'abord impérativement l'effet « curatif » de la publicité de la nomination des organes de direction de l'AE dans les relations avec les tiers (art. 7 L2190/1920- bien qu'avec une étendue plus restreinte que le droit français-seulement à l'égard des tiers ignorant le vice de la nomination du dirigeant ; à défaut de prévision légale expresse, la doctrine considère, à la différence du droit français, que le tiers de bonne foi a le choix d'invoquer ou de ne pas invoquer le vice- mais ce choix doit être réputé restreint par la prohibition de droit commun en droit grec de l'exercice abusive d'un

---

(disposition commune pour toutes les personnes morales de droit privé), interdisant la participation dans la prise des décisions à tout membre de l'organe de l'administration de la personne morale dans certains cas de conflits d'intérêts avec la personne morale. Sur l'obligation de non-concurrence, son caractère en principe de droit supplétif, ses sanctions et la dispensation sur décision de l'assemblée générale v. N. Rokas, p. 298-299.

<sup>434</sup> Areios Pagos 987/1985, EEmpD 1987, p. 67, N. Rokas, manuel précité, p. 310, note

91.

<sup>435</sup> V. sur la prise de décisions par le conseil et plus particulièrement l'ordre public et le supplétif en la matière V. Antonopoulos p. 416 suiv., spec. p. 420 suiv.

droit- 281AK, v. infra)<sup>436</sup> ; il introduit aussi et surtout impérativement l'engagement de l'AE à l'égard des tiers de bonne foi même par des actes des organes de direction dépassant l'objet social, tout en précisant que la seule publicité des statuts ne suffit pas pour établir la mauvaise foi du tiers (22 par.1 L2190/1920), en dérogeant de la sorte aux principes du droit commun grec des personnes morales (70 AK – v. supra). D' ailleurs, comme le droit français et à la suite de l'harmonisation communautaire, le droit grec prohibe impérativement le développement d'effets à l'égard des tiers des clauses statutaires ou décisions des assemblées des AE limitant les pouvoirs des organes de direction même normalement publiées, sans distinguer entre tiers de bonne et de mauvaise foi (22 par. 2 L2190/1920), ces clauses développant leurs effets seulement dans l'ordre interne de la société ; mais les clauses statutaires normalement publiées concernant la prise valable de décisions par le conseil (p. ex. de quorum ou majorité renforcés) développent aussi leurs effets à l'égard des tiers. En plus, comme en droit français, la société n'est pas engagée par des actes du conseil empiétant sur les compétences d'autres organes sociaux, notamment de l'assemblée, ni quand le conseil agit au détriment de l'intérêt social en collusion avec le tiers ou avec mauvaise foi de ce dernier<sup>437</sup>. Mais le dispositif impératif du droit grec concernant les conventions des organes de direction avec la société dans le but de la protection de ces derniers, des actionnaires mais aussi indirectement des créanciers sociaux présente d' autre part des différences avec celui du droit français, ayant en plus été libéralisé dans un certain degré après 2007 (23 a L2190/1920- v. infra, Partie II).

### **La protection de droit impératif des minoritaires dans les SA/AE**

Le caractère capitaliste de la société anonyme – typiquement absence d'intuitus personae, relation étroite de la participation au capital social avec celle au pouvoir- pose bien sûr le problème de la protection des minoritaires plus que dans toute autre forme sociale. La réalité a d'ailleurs démenti la pensée selon laquelle les majoritaires, en promouvant leurs intérêts propres, servent aussi nécessairement ceux des minoritaires, certaines montages – et notamment le “montage structurel” qu'est le groupe de sociétés, dans lequel la société filiale peut être vue comme un simple pion pouvant être sacrifié pour l'intérêt du groupe – compliquant assez les choses en la matière. Les deux droits – français et grec- ont ainsi été amenés à introduire des dispositifs d'ordre public de protection des

---

<sup>436</sup> V. V. Antonopoulos, p. 398 :

<sup>437</sup> V. V. Antonopoulos, op. cit., p. 423 Sur le droit grec en la matière avant l'harmonisation avec le droit communautaire v. Plus généralement sur les limites du pouvoir des dirigeants v. (en grec) A. Mikroulea « Limites d'action et responsabilité des dirigeants sociaux”, éd. Nomiki Vivliothiki 2013.



minoritaires – distincts de l'ordre public de protection des actionnaires en tant qu'individus – dans la société anonyme, l'exigence de la réunion de minima de minorité du capital pour l'exercice de ces droits étant imposée comme garantie du sérieux de la demande de protection et de non perturbation de la vie sociale par des initiatives intempestives d'actionnaires individuelles avec participation infime dans la société. Les minoritaires peuvent ainsi aujourd'hui en droit français et en droit grec – sous condition de réunion de seuils minimum du capital social – demander aux dirigeants des informations supplémentaires, inscrire des sujets supplémentaires et des projets de résolution à l'ordre du jour de l'assemblée, déclencher sous conditions la procédure de convocation de l'assemblée générale, déclencher des procédures de contrôle de la gestion de la société (L225-103-2, L 225-105, L225-231, L225-132 C.com., 39, 40, 40a L2190/1920), possibilités devant être réputées d'ordre public, ne pouvant pas être soustraites aux minoritaires par les statuts (v. en plus infra sur l'utilisation dans les deux droits sous comparaison du mécanisme de l'abus de droit contre des agissements de la majorité au détriment de la minorité)<sup>438</sup>. Particularité discutable du droit grec, la direction de la société peut refuser sous

---

<sup>438</sup> Sur l'ensemble de la question de la protection des minoritaires dans les deux droits v. Ph. Merle, nos 461 suiv. N. Rokas, p. 407 suiv.. L'exploitation des possibilités de convocation de l'assemblée et de contrôle de gestion passe obligatoirement pour les deux droits sous comparaison par le recours des minoritaires en justice. Si les minoritaires veulent la convocation de l'assemblée, ils doivent demander en droit français la nomination par le tribunal d'un mandataire chargé de la convocation, tandis qu'en droit grec la convocation est effectuée en cas de refus du conseil d'administration de satisfaire les minoritaires- comme il est obligé par la loi- par les actionnaires minoritaires demandeurs eux-mêmes, sur le fondement de la décision du tribunal acceptant leur demande. Il est à noter toutefois que la même possibilité de demander la nomination d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée a en droit français selon l'art. L225-103 en cas d'urgence tout intéressé agissant individuellement. Le droit grec reconnaît aux minoritaires un droit d'imposer l'ajournement de l'assemblée pour une fois pour une période au maximum de trente jours (art. 39 par.3 L2190/1920). Le minimum exigé pour l'exercice des droits de minorité de convocation de l'assemblée et d'inscription de sujets à l'ordre du jour est de 5% du capital social en droit français, 5% du capital social libéré pour le droit grec – mais la loi grecque précise que le conseil d'administration n'a pas d'une obligation d'inscrire des sujets ou projets de résolution manifestement contraires à la loi ou aux bonnes moeurs. L'expertise de gestion est prévue en droit français pour les SA (L225-231 C.com) et les SARL (L223-37 C.com). Elle concerne une ou plusieurs opérations de gestion dont la conformité à l'intérêt social est douteuse, sous condition pour les demandeurs minoritaires qu'ils démontrent leur intérêt précis à être renseignés sur les opérations suspectes, susceptibles de leur porter préjudice et d'être contraires à l'intérêt social. La décision d'ordonner l'expertise est prise en justice (en référé) sur demande d'un ou plusieurs associés représentant au moins 5% du capital social (si les dirigeants ne répondent pas à une question écrite posée par les minoritaires sur ces opérations ou si leur réponse n'est pas satisfaisante) mais aussi du ministère public ou du comité d'entreprise (ou de l'AMF ou d'une association de l'art. L225-120 C.com pour les sociétés cotées). Par contre, en droit grec le contrôle dit extraordinaire de la société anonyme est prévue comme dual, selon des demandeurs et des conditions différentes sans chacun des cas, tout en pouvant être généralement d'une étendue plus grande qu'en droit français : il est ainsi ordonné par le tribunal à la demande de la minorité du vingtième du capital social libéré mais aussi de

conditions - dont le concours est contrôlable en justice- de fournir les informations supplémentaires exigées par les minoritaires<sup>439</sup>.

### **La SCA et la SAS françaises comme structures « libérales » d'exercice du pouvoir sociétaire**

La société par actions a été conçue typiquement comme moyen de collection de l'épargne publique, forme juridique de la grande entreprise financée par une multitude d'actionnaires. Toutefois, pour plusieurs raisons la forme de la société anonyme a été appropriée en France et en Grèce largement par de moyennes ou même petites entreprises, souvent familiales. Dans ces sociétés anonymes, plusieurs dispositions impératives conçues sur le modèle de la société ouverte au public perdent leur importance. Plus généralement, notre époque est caractérisée par la recherche de solutions "sur

---

l'administration grecque surveillant la société (ou de l'AMF grecque pour les sociétés cotées), s'il y a probabilité d'actes enfreignant des dispositions légales ou les statuts ou les décisions de l'assemblée générale, ou à la demande de la minorité du cinquième du capital social libéré si de la marche des affaires sociales il devient plausible que l'administration de la société ne se fait pas selon les standards de gestion loyale et prudente (art. 40 L2190/1920). Le contrôle est effectué par un commissaire aux comptes nommé par le tribunal. Les deux mécanismes de contrôle – celui français et celui grec – sont bien sûr des moyens d'obtention d'information par les intéressés, mais ils sont aussi beaucoup plus que cela, pouvant engager la responsabilité des dirigeants sociaux, mais aussi, dans le cas du droit grec, déclencher le pouvoir de sanctions de l'administration grecque (v.infra). Il est à noter que les statuts de l'AE ne peuvent pas augmenter les minima de minorité exigés pour l'exercice des droits des minoritaires, conformément au caractère d'ordre public de protection des minoritaires des dispositions en cause, ils peuvent toutefois les diminuer, en rendant plus facile leur exercice, avec comme limite impérative la moitié des seuils légaux (art. 39 par.9, 40 par.3 L2190/1920). Pour d'autres droits de la minorité en droit grec (rachat de leurs actions, droits d'opposition, d'exercice de l'action sociale contre les dirigeants, dissolution de la société) v. infra.

<sup>439</sup> V. supra sur le droit d'information de chaque actionnaire en vue de l'assemblée générale et les obligations de la société. Ce qui est droit de minorité en droit français est le droit des actionnaires représentant au moins 5% du capital social de poser des questions écrites aux dirigeants – indépendamment de la tenue d'une assemblée – deux fois par an, sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation (L225-32 C.com., droit reconnu aussi aux associations d'actionnaires de l'art. L225-120 C.com). En droit grec, provoquer la production d'information supplémentaire adressée à l'assemblée par le conseil d'administration est un droit individuel de l'actionnaire pour des informations concrètes utiles pour l'appréciation des sujets de l'ordre du jour (avant la réforme de 2007 c'était un droit de la petite minorité), un droit de la petite minorité du vingtième du capital social libéré pour ce qui concerne les rémunérations des administrateurs ou hauts cadres de la société ou prestations de la société aux mêmes personnes ou les contrats de la société avec celles-ci pour une période de deux ans avant l'assemblée, un droit de la grande minorité (cinquième du capital social libéré- avant la réforme de 2007 le seuil était du tiers du capital) en ce qui concerne des informations plus généralement sur la marche des affaires sociales et la situation patrimoniale de la société (art. 39}4 suiv. L2190/1920). Mais la société (sa direction) peut refuser toutes ces demandes d'information supplémentaire pour "cause essentielle pertinente" et, en cas de désaccord sur le concours de cette cause, c'est le tribunal qui va trancher le litige.

mesure” en matière de sociétés, notamment dans le cadre de coopération interentreprises. Le droit français a réagi à ces évolutions en créant en 1994 la SAS (société par actions simplifiée) et en libéralisant par la suite son utilisation (L227-1 suiv. C.com)<sup>440</sup>. Des auteurs français ont d’ailleurs vu la SAS comme un moyen de « résorption » par le droit français de plusieurs montages proliférant autour des sociétés anonymes<sup>441</sup>. La SAS était impérativement une société « fermée », ne pouvant pas faire appel public à l’épargne, en contrepartie du libéralisme quant au pouvoir des statuts d’organiser la structure sociale : l’ordonnance du 22 janvier 2009, en supprimant la notion d’appel public à l’épargne (v. infra) a maintenu l’interdiction pour la SAS de demander l’admission de ses titres aux négociations sur un marché réglementé ou d’offrir au public des titres financiers (L 227-2 C.com.)<sup>442</sup>. Pour le reste, l’organisation du pouvoir est presque entièrement laissée à la liberté statutaire, avec seulement deux limites d’ordre public, à savoir que la société doit avoir un président – même personne morale – ayant tout pouvoir pour engager la société à l’égard des tiers, avec les mêmes garanties pour les tiers et les mêmes responsabilités que dans le cas des dirigeants des SA, et que certaines décisions particulièrement importantes sont réservées à la collectivité des actionnaires, les statuts étant d’autre part libres de prévoir les formes et conditions de prise de décisions par cette collectivité (la nomination et la révocation des dirigeants ne fait pas partie de ces décisions impérativement réservées à la collectivité des actionnaires– v. L 227-5 à L227-9 C.com.)<sup>443</sup>. Mais toute cette liberté d’organisation du pouvoir laissée aux statuts de la SAS ne signifie pas que tout soit permis à la liberté contractuelle dans cette forme sociale<sup>444</sup>. La SAS – avec le recul de l’ordre public et la liberté statutaire la caractérisant – rencontre aujourd’hui un grand succès en France, servant souvent de support juridique à des entreprises importantes – évolution qui peut engendrer quelques doutes, étant donné que la SAS peut librement être organisée selon une structure de pouvoir particulièrement concentrée et dispensée de contrôles. L’autre forme libérale de sociétés par actions, beaucoup plus ancienne que la SAS, à savoir la commandite par actions (L226-1 suiv C.com), offre aussi à la liberté contractuelle de

---

<sup>440</sup> P. Le Cannu “Société par actions simplifiée” in Répertoire sociétés Dalloz, H. Azarian, « La société par actions simplifiée », Litec 2005.

<sup>441</sup> J. - Ph. Dom, thèse précitée, n° 865 (sur les pactes d’actionnaires).

<sup>442</sup> Sur la notion d’offre au public et les limites qu’y pose l’art L 411-2 Code mon. fin. – limites qui jouent aussi au profit de la SAS – v. infra.

<sup>443</sup> V. M. Cozian- A. Viandier-Fl. Deboissy, nos 912 suiv.

<sup>444</sup> V. par exemple C. cass. Ch. com. 23 oct. 2007, Aj 2726 ; obs A.Lienhard, RTD com. 2008, p.566, obs C.Champaud - D.Danet, J..Paillusseau « La liberté contractuelle dans la société par actions simplifiée et le droit de vote » D.2008 Chr.1563, J.-Cl. Halouin Rec. D. 2000, p.323 (même dans les SAS, les statuts ne peuvent pas valablement sans autorisation légale priver un associé de son droit de vote, le droit de vote étant essentiel pour la qualité d’associé).

grandes possibilités d'organisation du pouvoir, notamment en ce qui concerne la révocation du dirigeant commandité- L226-2 C.com. (v. infra, Partie II) - cette forme de société pouvant par ailleurs faire, à la différence de la SAS, appel public à l'épargne. La commandite par actions est ainsi souvent utilisée dans le cadre de montages visant à dissocier le pouvoir de la participation au capital et de stabiliser autant que possible la position du dirigeant. Cet effort a toutefois ses limites, car chaque associé a un droit d'ordre public de demander en justice la révocation du gérant pour cause légitime (L226-2 al. 4 - sur la désuétude de la commandite par actions en droit grec v. supra). La réforme de 2007 du droit grec des AE, à la différence du droit français, n'a pas introduit une AE « fermée », laissée au domaine du supplétif, comme forme sociale distincte de l' AE classique. Elle a toutefois élargi le champ de la liberté contractuelle dans l'AE au détriment de l'ordre public, en visant à permettre l'émergence d'AE fermées de provenance non législative, mais statutaire<sup>445</sup>.

### **Les contrôles « externes » de droit impératif de l'exercice du pouvoir sociétaire**

L'importance des sociétés pour les tiers et l'intérêt général mais aussi les dangers pour les associés eux-mêmes, notamment minoritaires, ont posé la question des contrôles externes de droit impératif de la vie des sociétés les plus importantes. Le droit grec – dans un souci de préserver les intérêts catégoriels mais aussi l'intérêt général impliqués dans la vie sociale – présente encore aujourd'hui la particularité intéressante –survivance du dispositif du Code français de 1807 - de confier impérativement pour les AE ce contrôle externe de la vie de la société à la surveillance administrative, en principe celle du préfet du siège de la société pour les sociétés de droit commun ou celle du Ministre du Développement pour certaines catégories de sociétés particulièrement importantes (51-53 L2190/1920- v. aussi art. 39a, 40, 40a plus particulièrement sur les modalités du contrôle et supra sur le rôle traditionnel de l'administration grecque dans la constitution des AE)<sup>446</sup>. Il s'agit selon la loi d'une surveillance avec comme finalités le respect de la légalité du fonctionnement de l'AE au sens large – du respect notamment de l'impératif légal, mais aussi de l'ordre interne de la société voulue par la loi, avec la prépondérance des statuts et des décisions de l'assemblée générale, ainsi que la veracité des comptes sociaux par le moyen de l'examen des livres de la société – mais non bien sûr d'un contrôle d'opportunité de la gestion de la société<sup>447</sup>. En plus, historiquement la production des effets de certaines

---

<sup>445</sup> Ainsi E. Perakis « Le nouveau droit... », p. 14, 15.

<sup>446</sup> Sur ce contrôle de légalité v. K. Pamboukis « Droit de la société anonyme », fasc. 1, p. 81, P. Drakopoulos, in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 1, p. 211.

<sup>447</sup> Selon l'art. 39a, l'administration grecque ne peut pas exercer le contrôle de légalité des comptes sociaux et plus généralement de cette légalité de la gestion et du fonctionnement

décisions particulièrement importantes prises par l'assemblée statutaire de l'AE - modifications statutaires au sens strict, fusions, scissions, transformation, dissolution sur décision des actionnaires, « résurgence » (anavioci) de la société dissoute- nécessitait la coopération de l'administration, avec émission d'autorisation administrative après contrôle de leur légalité formelle et substantielle (v. supra sur la notion de ces termes –art. 4 par. 1 L2190/1920). Ces actes développaient leurs effets seulement par la publicité (de nature constitutive) d'eux mêmes et de leur autorisation administrative au registre des AE tenu par l'administration. Mais les réformes de 2007 et de 2010 ont supprimé la nécessité de contrôle de légalité avant publicité par l'administration (autre que « formel » des pièces déposées) et d'autorisation administrative pour la plupart des décisions en cause pour toutes les AE de droit commun, conformément à la suppression de l'autorisation pour la constitution de la société (v. supra), en maintenant pour le moment l'autorisation administrative après contrôle de légalité seulement pour les restructurations et les transformations (4§2a, 7b par.1a L 2190/1920, 11 L3853/2010 analogiquement applicable). Pour le reste, le pouvoir d'ordre public de surveillance de l'AE demeure pour l'administration, dans le but de la protection de la légalité, bien qu'avec des moyens de sanction réduits après la réforme de 2007 (v. infra), la société devant toujours fournir à l'administration l'information nécessaire pour la réalisation du contrôle (v. les art. 20 par.7, 26a, 43b par. 3 et 6, 61 de la loi pour ces informations). Le rôle de l'administration grecque en cas d'augmentation du capital est d'ailleurs similaire à son rôle concernant le capital dans la constitution de la société (v. supra et les art. 52, 9, 9a- sur l'évaluation des apports en nature et 11 par.2 sur la libération du capital)<sup>448</sup>. L'administration grecque demeure en plus le gardien du registre pour les AE (aujourd'hui section d'AE du registre général du commerce –v. supra- tenue par le Ministère de Développement) et elle a à ce titre toujours selon la loi en principe l'obligation d'effectuer un contrôle de légalité des actes destinés à publicité durant la vie de la société (art. 7b par.1a L2190/1920), contrôle toutefois, comme nous avons vu ci-dessus, selon la loi aujourd'hui seulement « formel » des pièces déposées pour les modification des statuts des

---

économiques de la société par le biais de l'envoi de ses agents pour collecter l'information les concernant au sein des AE ; sur ces matières elle se borne à recevoir l'information que la société lui envoie selon les prescriptions impératives légales mais elle peut aussi demander en justice la nomination d'un commissaire aux comptes pour effectuer un contrôle extraordinaire de la société selon l'art. 40 L2190/L920 (v. supra). Pour le contrôle de légalité du fonctionnement de la société anonyme en dehors de ces matières, l'administration peut envoyer ses agents chez la société pour effectuer les contrôles nécessaires. Sur les problèmes résultant après la réforme de 2007 quant au contrôle administratif du fonctionnement de l'AE v. S.Mousoulas « La loi 604/2007... », p.613 suiv.

<sup>448</sup> V. sur le régime actuel v. E. Perakis « Le nouveau droit... », p. 6, 7, N. Rokas, p. 230 suiv.

AE de droit commun<sup>449</sup>. Un autre dispositif de contrôle impératif externe de la société dans les deux pays sous comparaison est celui effectué par les commissaires aux comptes – des professionnels nommés par la collectivité des associés et rémunérés par la société, mais étant réputés offrir des garanties d’indépendance et de compétence. Les commissaires aux comptes contrôlent et certifient la régularité des comptes annuels des sociétés, mais ils peuvent aussi servir comme contrôleurs plus généralement du respect de la légalité dans la gestion et la vie de la société, en assumant d’ailleurs parfois des tâches de contrôle extraordinaire dans le cadre de crises au sein des sociétés. Le droit français impose plus largement le recours des sociétés aux commissaires aux comptes que celui grec<sup>450</sup>. Le

---

<sup>449</sup> Traditionnellement il s’agissait d’un contrôle par l’administration avant publicité de légalité « formelle », mais aussi « substantielle » pour les décisions des assemblées pour lesquelles la loi exigeait approbation par acte administratif. Sur le sens de ces termes v. V. Antonopoulos « Droit des AE et EPE », éd. 2012, p. 24 suiv. et supra dans l’unité de notre étude sur la constitution des AE. Pour les autres décisions des organes des AE devant être publiées (notamment élection et révocation des dirigeants et des commissaires, approbation des comptes sociaux, acte du conseil d’administration certifiant la libération du capital), la doctrine acceptait un contrôle de légalité substantielle « partiel », au sens du contrôle de la compétence de l’organe social et de la réunion des quorums et majorités exigés, sans effectuer un contrôle plus général de la légalité de l’acte - v. V. Antonopoulos op. cit. p. 29 et les renvois y cités. Selon la lettre de la loi l’administration doit publier au registre à jour unique la modification des statuts des sociétés pour lesquelles il n’existe plus de contrôle de légalité de constitution, autrement dit aujourd’hui pour toutes les AE de droit commun (sauf si la demande et les pièces devant l’accompagner ne sont pas « exactes et complètes »), tandis qu’elle dispose d’un délai d’un mois – quinze jours pour les sociétés cotées- dans tout autre cas. Mais nous croyons que l’administration a en tout cas le devoir de ne pas concourir avec la publicité au registre à des violations flagrantes de l’ordre public sociétaire stricto sensu – ainsi des prises de décisions par des organes qui n’en ont pas la compétence ou sans les quorums et majorités exigés par la loi – ou de l’ordre public général- notamment des modifications des statuts rendant l’objet social évidemment illicite ou décisions manifestement illicites.

<sup>450</sup> Sur l’évolution historique, les compétences, les obligations et les responsabilités des commissaires aux comptes en droit français v. P. Didier, t. 2, p. 283 suiv., Ph. Merle, nos 499 suiv. Le droit français oblige à la nomination de commissaires aux comptes toutes les sociétés par actions (L225-218, disposition sur les SA reprise par les dispositifs sur les autres formes de sociétés par actions) mais la réforme de 2008 du droit français des sociétés a dispensé de cette obligation les SAS se trouvant au dessous de certains seuils et ne contrôlant pas d’autres sociétés (L 227-9-1 C.com.) – sauf toutefois si un ou plusieurs actionnaires détenant au moins le dixième du capital social demandent en justice la nomination de commissaire. Il impose d’ailleurs la nomination de commissaires aux comptes aux SARL et sociétés commerciales de personnes dépassant certains seuils économiques (L 223-35, L 221-9 al. 2 C.com.- v. pour ces seuils Ph. Merle nos 145, 203 suiv.). Sur la mission des commissaires v. L823-9 suiv. C.com. En droit grec, la nomination de commissaires aux comptes est obligatoire seulement pour les AE dépassant certains seuils (art. 36 L2190/1920 - dépassement des deux des trois de seuils suivants: ensemble de bilan au-dessus de 2,5 M euros, chiffre d’affaires net de 5M euros, moyenne dans l’exercice de 50 salariés employés). Pour les AE ne dépassant pas ces seuils, le contrôle ordinaire pouvait être effectué par de simples comptables, disposition vivement critiquée par la doctrine grecque comme étant essentiellement un cadeau à une « corporation » et offrant seulement une apparence de contrôle (v. E. Perakis “Le nouveau droit ...”, p. 10). La réforme de 2007, en voulant rompre avec cette situation, a dispensé de toute obligation de contrôle ordinaire des comptes sociaux les AE avec un chiffre d’affaires inférieur à 1M euros- on peut

troisième dispositif de contrôle externe de la société est bien sûr celui du contrôle judiciaire. La vie de sociétés est aujourd'hui en voie de judiciarisation accrue aussi bien en France qu'en Grèce, le juge devant souvent pondérer entre les différents intérêts impliqués dans la vie des sociétés, malgré sa réticence traditionnelle de s'immiscer dans la gestion de ces dernières ; c'est d'ailleurs souvent dans le cadre de litiges nés dans la mise en oeuvre de différents montages que les juges français et grec aboutissent à intervenir dans la vie sociale<sup>451</sup>. Aujourd'hui en droit français, le juge peut –sur le fondement d'une création prétorienne, manifestation d'ordre public judiciaire mais aussi reconnaissance de l'implication de l'intérêt général dans la survie de certaines sociétés – même remplacer les organes de direction de la société et imposer un administrateur provisoire, si les organes de la société présentent une paralysie mettant la société en péril imminent<sup>452</sup>. En droit grec, sur le fondement de l'art 69 AK, disposition impérative applicable à toutes les personnes morales, le juge judiciaire peut remplacer les organes sociaux des sociétés personnifiées en nommant une administration provisoire à la demande de tout intéressé dans les cas de conflit d'intérêts entre les dirigeants et la société ou de défaut du nombre de membres de l'organe de direction exigé pour l'administration de la société (la réforme de 2007 du droit des AE s'est toutefois efforcée de diminuer les marges d'intervention judiciaire dans le cas de vacance- 18 §7 L2190/1920)<sup>453</sup>. Il est aussi à noter que le droit français a introduit une technique intéressante d'intervention judiciaire visant à contraindre dans certains cas de figure les dirigeants sociaux à exécuter ce que l'ordre public sociétair leur impose, avec recours des intéressés à la procédure du référé, le juge émettant une injonction sous menace d'astreinte à la charge des dirigeants récalcitrants (L238-1 suiv. C.com.). Plus généralement d'ailleurs le référé joue aujourd'hui un rôle important dans le contentieux sociétair dans les deux pays sous comparaison<sup>454</sup>.

### **Ordre public, pouvoir sociétair et montages**

---

toutefois se demander combien la réforme est allée dans le bon sens. Sur les compétences et la responsabilité des commissaires v. les art. 37,38 de la loi. Le régime des EPE en ce qui concerne leur contrôle ordinaire impératif est aligné sur celui des AE (art. 23 L3190/1955), tandis qu'il n'y a pas d'obligation de nomination de commissaire pour les sociétés de personnes de droit commun.

<sup>451</sup> M. Jeantin, "Le rôle du juge en droit des sociétés", Mélanges R. Perrot, Dalloz, 1995, p. 149.

<sup>452</sup> V. P. Didier t. 2, p. 270 suiv.

<sup>453</sup> Sur ce dispositif, notamment en matière de conflit d'intérêts, v. N. Rokas, op. cit., p. 287 suiv.

<sup>454</sup> Cl. Lefeuvre « Le référé en droit des sociétés », thèse PUAM 2006, préface H. Le Nabasque, Chr. Mastrokostas (en grec) « L'intervention judiciaire par le moyen du référé dans le contentieux sur la composition des organes sociaux »- rapport au 14<sup>e</sup> Congrès des commercialistes Grecs, .

De la comparaison entre les dispositifs impératifs des deux droits sous comparaison en matière de pouvoir sociétaire, résulte surtout l'existence traditionnelle de dispositifs d'ordre public importants concernant le pouvoir dans les sociétés par actions, avec une réglementation plus détaillée en droit français, avec la surveillance traditionnelle de l'administration en droit grec. Dans les deux droits sous comparaison, la protection des tiers a amené à l'introduction de dispositifs impératifs concernant le pouvoir des dirigeants des sociétés –surtout de celles à risques limités- d'engager la société. Pourtant, ces dispositifs d'ordre public portant sur l'organisation du pouvoir dans les sociétés sont aujourd'hui en voie d'une certaine relativisation pour ce qui concerne l'ordre interne des sociétés, avec l'introduction de la SAS en droit français, avec le recul du rôle de l'administration et la possibilité dans une certaine mesure de création statutaire d'AE fermées en droit grec. Mais, vus globalement, les deux droits sous comparaison demeurent largement des droits marqués par l'impératif en matière de pouvoir sociétaire. D'autre part, la matière du pouvoir est un domaine crucial pour le phénomène des montages sociétaires, aussi bien en France qu'en Grèce<sup>455</sup>. Les promoteurs des montages ne se bornent pas à prendre acte des contraintes ou des opportunités que présentent les différentes formes sociales pour choisir parmi ces dernières celles qui sont plus opportunes pour leurs plans, mais ils ont en plus une attitude volontariste à l'égard des structures du pouvoir dans ces formes : acquérir le pouvoir avec le moindre coût possible, dissocier le pouvoir de la participation dans le capital de la société, stabiliser et renforcer un pouvoir déjà acquis, organiser un contrôle collectif du pouvoir, transférer ce pouvoir aux personnes choisies avec le meilleur cumul d'avantages possible, organiser le pouvoir dans le cadre de groupes de sociétés ou dans le cadre de la coopération intergroupe, notamment au sein de filiales communes, sont certains seulement des objectifs poursuivis en matière de pouvoir par les montages sociétaires. Bien sûr, la structure du pouvoir dans chaque forme sociale est un facteur très important pour le choix par les particuliers de la forme sociale qu'ils vont utiliser dans le cadre de leur montage – suivant les finalités particulières qu'ils assignent au montage, notamment dans le cadre de montages instrumentalisant des formes sociétaires à des finalités atypiques par rapport à celle classique de la loi, à savoir de constituer des formes juridiques d'entreprises. D'autre part, l'existence au sein d'un droit national de corps de règles impératives concernant le pouvoir dans les sociétés à risques limités est souvent un motif (notamment en Grèce) pour des montages de fuite artificielle de sociétés vers des droits moins impératifs. Les montages

---

<sup>455</sup> Sur les montages sociétaires concernant le pouvoir dans les sociétés, suivant une typologie classifiant ces montages selon les critères du changement et de pérennisation du pouvoir, v. J-Ph.Dom, thèse précitée, n° 201 suiv.



en matière de pouvoir sociétaire peuvent avoir recours non seulement aux actes des organes sociaux, mais aussi aux techniques contractuelles – notamment aux pactes extrastatutaires - ou au démembrement de la propriété sur droits sociaux ; ils peuvent aussi avoir recours même à l'effort de création de structures sociétaires ad hoc, destinées à « figer » la structure du pouvoir dans une autre société. On voit d'ailleurs parfois des efforts d'imbrication de sociétés, de sorte qu'on combine les avantages des sociétés de capitaux avec le supplétif dans le domaine d'organisation du pouvoir que permettent les sociétés de personnes. La question du pouvoir dans les sociétés est de la sorte fortement impliqué dans les deux grandes tendances actuelles du droit des sociétés, à savoir celle de la « contractualisation » de la matière et celle de leur instrumentalisation atypique, deux phénomènes en relation étroite avec celui des montages sociétaires. C'est d'ailleurs le « montage structurel » du groupe de sociétés qui a amené à une prise en compte plus profonde par le droit des sociétés du phénomène du pouvoir, avec la reconnaissance juridique de la notion de contrôle et l'attribution juridique à celle-ci de conséquences juridiques précises (v. infra Partie II)<sup>456</sup>. La coexistence dans les groupes de sociétés d'un centre unique de pouvoir avec la pluralité des sociétés du groupe aboutit d'ailleurs souvent à des écarts importants entre le droit et le fait, car en réalité dans les sociétés subordonnées les organes sociaux sont pratiquement des échelons subalternes dans la hiérarchie du groupe, non des organes de direction autonomes, comme la loi conçoit le rôle des organes sociaux. D'où l'émergence de la question des limites posées par l'intérêt social de chaque société du groupe aux actions de ses organes, avec toutefois prise de conscience aussi de l'existence d'un intérêt légitime du groupe pris dans son ensemble. Plus généralement, la multiplication dans le cadre des différents montages de cas de sociétés instrumentalisées à des fins atypiques par un maître de l'affaire unique tend souvent à vider de sens dans ces cas de figure les blocs de règles d'ordre public concernant le pouvoir et destinés à des sociétés conçues comme formes de coopération collective d'exercice d'une entreprise. Mais une méconnaissance totale par les promoteurs du montage des règles impératives organisant le pouvoir ou une appropriation totale de leur part de la société pourraient aboutir à la qualification de la société instrumentalisée comme fictive. Bien sûr, tout ce foisonnement de montages en matière du pouvoir sociétaire pose le problème du partage du licite et de l'illicite en la matière, à cause du caractère crucial du pouvoir pour le maintien des équilibres essentiels au sein des sociétés et des entreprises. La question est assez difficile pour ce qui concerne les limites de la liberté statutaire

---

<sup>456</sup> M. Storck « Définition légale du contrôle d'une société en droit français » Rev. soc. 1986, p.385.

d'effectuer des aménagements de la structure du pouvoir dans les sociétés, notamment la société anonyme, en tendant à des structures sociétaires sur mesure. Elle est encore plus difficile en ce qui concerne l'impact indirect sur la réalité du pouvoir des engagements contractuels extrastatutaires des associés ou actionnaires. La propagation des montages sociétaires concernant le pouvoir dans les sociétés va aussi même implicitement de pair avec les progrès de la conception selon laquelle la société est la chose des associés, qui sont les auteurs principaux de ces montages dans la poursuite de leurs buts suivant leurs situations et finalités concrètes ; le résultat du foisonnement des montages et de l'activisme des associés utilisant par le biais des montages les sociétés comme leur chose est ainsi dans une large mesure un certain effacement de la réalité de la société comme forme juridique de l'entreprise- organisation juridico-économique dépassant les personnes des associés. D'ailleurs, certains montages sociétaires concernant le pouvoir au sein de la société peuvent être nuisibles à cette organisation. Le phénomène de montages pose ainsi avec acuité le problème du sens, du rôle et de l'impact des grands mécanismes régulateurs du pouvoir en droit des sociétés – tels l'intérêt social et l'abus de droit - autrement dit le problème des finalités et des limites de l'exercice du pouvoir au sein des sociétés.

### **C. La position juridique des associés dans la société**

#### **La théorie des droits propres des associés et sa relation avec l'ordre public sociétaire**

L'un des volets fondamentaux de l'ordre public sociétaire stricto sensu, volet dans lequel se présentent par ailleurs des difficultés importantes de délimitation de l'impératif, est celui qui concerne la position juridique de l'associé dans la société. Les raisons de l'implication profonde de l'ordre public sociétaire en cette matière sont plusieurs : préserver les caractères essentiels du phénomène sociétaire et la spécificité de chaque type social afin de garantir la sécurité juridique, protéger les droits des tiers (notamment dans les sociétés à risques illimités, mais aussi, indirectement, dans celles à risques limités), protéger les associés en tant qu'individus face au pouvoir majoritaire dans les sociétés de capitaux. Nous avons déjà abordé les problèmes concernant la position juridique des associés quand nous avons examiné la société comme contrat pour chacun des deux droits. A cette place, nous allons cerner de plus près le sujet, sous l'angle de la société conçue comme organisation dans ses relations avec ses membres, autrement dit dans la relation dialectique entre les intérêts des associés pris comme individus, l'intérêt des associés pris

collectivement, mais aussi l'intérêt plus général de l'organisation sociale - à savoir l'entreprise exprimée juridiquement par la société<sup>457</sup>. La doctrine française, suivant la tendance « unitaire » du droit français, a dégagé une liste de « droits propres » de l'associé –des droits irréductibles de chaque associé, communs pour toute forme sociale et réputés traditionnellement d'ordre public<sup>458</sup>. Mais la notion même de droits propres, leur fondement, le contenu exact de leur liste, ainsi que les limites de chaque « droit propre » ne sont pas des sujets exempts d'incertitudes, aggravées souvent par le développement de certains montages sociétaires<sup>459</sup>. En droit grec, le « dualisme » des solutions législatives (v. supra) a empêché l'apparition d'une liste unitaire de « droits propres » de l'associé, le droit grec semblant privilégier plutôt la différence entre les positions juridiques des différents types d'associés, dans le souci de préserver la spécificité de chaque type social. Toutefois, la liste française en matière de « droits propres » peut être un guide utile pour la comparaison. Il est aussi à souligner que dans les deux droits sous comparaison les droits découlant de la participation sociale sont impérativement indivisibles, au sens que l'associé ne peut pas les scinder unilatéralement, notamment en droits politiques et en droit financiers, et céder certains d'entre eux (v. pourtant infra sur les démembrements de propriété sur les droits sociaux et sur certains montages tendant en fait vers ce résultat)<sup>460</sup>.

### **L'interdiction de l'augmentation des engagements de l'associé**

Le premier droit propre de l'associé est de ne pas se voir obliger d'augmenter ses engagements dans la société sans son consentement<sup>461</sup>. Il s'agit pour le droit français d'une

---

<sup>457</sup> V. sur ces relations notamment G. Triantafyllakis, monographie précitée sur l'intérêt social, p. 359.

<sup>458</sup> A. Viandier « La notion d'associé », LGDJ 1978, M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy n° 329, M. Germain « La renonciation aux droits propres des associés », Mélanges F. Terré, p. 401. Sur la relation entre les droits propres des associés et la notion fondamentale pour l'ordre public sociétaire français d'affectio societatis v. Y. Guyon (nouvelle version par N. Reboul) « Affectio societatis », J.Cl. Sociétés, n°78 suiv. Pour un point de vue critique à l'égard de la théorie française des "droits propres", v. la monographie du Pr. N. Rokas (en grec) « Les limites du pouvoir de la majorité dans les sociétés anonymes », Athènes 1971, p. 6 suiv. (l'auteur soutient en plus que la théorie des "droits propres" n'est pas transposable au droit grec de la société anonyme).

<sup>459</sup> V. sur le problème des fondements des droits individuels des actionnaires le Traité de G. Ripert et R. Roblot par M. Germain-V. Magnier, no 1598.

<sup>460</sup> V. M. Cozian- A. Viandier-Fl. Deboissy, nos 306 suiv. sur les droits propres comme attributs fondamentaux de la qualité de l'associé, pour le droit grec des sociétés de personnes V. Antonopoulos, op. cit., p. 164-165 et pour le droit grec des AE N. Rokas, p. 359 (pour les droits politiques).

<sup>461</sup> F. Rizzo « Le principe d'intangibilité des engagements des associés », RTD com 2000, p. 27, G. Taormina « Réflexions sur l'aggravation des engagements de l'associé », Rev. soc. 2002, p. 27. , J. Monnet « L'organisation de l'entreprise et l'interdiction d'augmenter les engagements des associés » in Mélanges J. Paillusseau, L. Jobert « La notion d'augmentation des engagements des associés », Bull. Joly 2004, p. 627.

règle d'ordre public énoncé dans l'art. 1836 al. 2 C.civ. – avec portée générale pour toute forme sociale (v. aussi L223-30 C.com. pour les SARL, L225-96 al. 1 C.com. pour les SA). En plus, il s'agit d'un principe qui n'est pas pour la jurisprudence simplement d'ordre public de protection de l'associé dissident mais d'un principe d'ordre public sociétairé qu'on pourrait qualifier d' « organisationnel », imposant l'unanimité dans la prise de la décision de l'augmentation des engagements de tous les associés<sup>462</sup>. Pour une partie importante de la doctrine française, il ne s'agit que d'une reprise de la "loi du contrat", selon laquelle toute modification d'un contrat – a fortiori si elle alourdit les obligations d'une des parties – nécessite le consentement de tous les contractants<sup>463</sup>. On pourrait toutefois voir aussi dans l'art. 1836 une limite d'ordre public au pouvoir majoritaire que le droit français introduit dans plusieurs formes sociétairés en tant que manifestation du caractère organisationnel des sociétés, ces dernières échappant largement à la catégorie du contrat une fois mises en place (v. supra)<sup>464</sup>. Les clauses statutaires permettant l'augmentation des apports dans l'avenir sur décision des organes sociaux sont réputées en principe licites, notamment dans le cadre de contribution des associés aux pertes de la société, l'introduction d'une telle clause dans les statuts durant la vie de la société nécessitant toutefois l'unanimité<sup>465</sup>. La prévision de telles clauses statutaires équivaut pour un auteur français à une renonciation en amont des associés à leur droit à l'intangibilité de leurs engagements, en contradiction avec la théorie de renonciation du droit commun en matière de règles d'ordre public de protection (il s'agit, selon cet auteur, d'un tel ordre public -v. toutefois supra), de sorte que le caractère d'ordre public du principe de la prohibition de l'augmentation des engagements de l'associé se trouverait mis en cause<sup>466</sup> ; toutefois, une fois de plus, ce qui est d'ordre public semble être la limitation du pouvoir majoritaire dans les sociétés vues comme organisations, de sorte que le consentement statutaire de l'associé à l'éventualité d'apports supplémentaires déterminés n'équivaut pas à une renonciation en amont à un droit d'ordre

---

<sup>462</sup> V. en ce sens C.cass. Ch. com 13 nov. 2003, JCP E 2004 p.380, note A. Viandier, considérant que la prise d'une décision d'augmentation des engagements des associés malgré le refus d'un entre eux est sanctionnée par la nullité absolue, même un associé qui a voté pour l'augmentation pouvant ainsi agir en nullité.

<sup>463</sup> Ainsi M. Germain «La renonciation ...», article précité.

<sup>464</sup> V. sur le fondement du principe de la prohibition d'augmentation des engagements sauf consentement de l'associé concerné P. Le Cannu-B. Dondero, no 144, et plus particulièrement pour les actionnaires le Traité de G. Ripert- R. Roblot, par M. Germain-V. Magnier, no 1598.

<sup>465</sup> Sur l'appel de fonds sur décision du conseil d'administration de la société v. C. Cass. Ch. Com. 3 déc. 1991, Bull Joly 1992, p. 166, note P. Le Cannu, 9 juin 2004, Bull. Joly soc. 2005, 119, note A. Couret, Rev. soc. 2005, 176, note J-F Barbieri , M. Germain-V. Magnier, no 1605.

<sup>466</sup> S. Schiller « Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés. Les connexions radicales », thèse LGDJ 2002, préface F. Terré, n<sup>o</sup> 115. Comp. P.Le Cannu-B.Dondero, no 145, pour lesquels il s'agit de questions différentes.

public. En tout cas, toute autre augmentation des engagements des associés introduite dans la durée de la vie sociale sans prévision statutaire nécessite leur consentement au moment de l'introduction, la jurisprudence semblant en plus tendant à abandonner une distinction traditionnelle entre augmentations des engagements pécuniaires et diminution des droits des associés (v. pourtant art. L225-99 C.com., prévoyant que toute décision de diminution des droits d'une catégorie d'actionnaires nécessite non leur unanimité mais l'approbation de leur assemblée spéciale statuant aux exigences de quorum et majorité renforcés)<sup>467</sup>.

De l'autre côté de la comparaison, le droit grec est caractérisé en matière d'augmentation des engagements par l'inexistence d'une disposition de droit commun pour toute société et par un pluralisme des solutions suivant les grands types sociaux mais aussi par une logique souvent assez différente de celle du droit français ; il est toutefois d'autre part vrai que la doctrine considère qu'il y a un principe général du droit grec des sociétés que l'associé ne peut se voir obliger à une augmentation de ses obligations sociales sans son consentement<sup>468</sup>. Ainsi, l'art. 745 AK (de droit commun pour toutes les sociétés de personnes) prévoit que l'associé n'a pas d'obligation d'apport supplémentaire, même en cas de diminution de son apport par des pertes, sauf accord contraire, étant entendu accord statutaire préalable ou accord ex post, quand l'augmentation est envisagée durant la vie sociale, comme en droit français<sup>469</sup>. Mais l'activation de l'obligation d'apport supplémentaire prévue par les statuts durant la vie de la société peut être décidée selon la doctrine grecque

---

<sup>467</sup> V. sur la distinction entre augmentation des engagements et diminution des droits Ph. Merle, nos 321, 489. Selon la distinction traditionnelle entre augmentation des engagements et diminution des droits des associés, l'augmentation des engagements étant vue d'une manière restrictive, comme augmentation de l'engagement pécuniaire de l'associé. Les autres cas d'aggravation de la position juridique de l'associé et notamment l'introduction de restrictions dans son droit de transmettre ses droits sociaux étaient ainsi soustraits à l'exigence d'unanimité. Un arrêt du 26 mars 1996 de la Chambre commerciale de la Cour de cassation (RTD com. 1996, p.487, obs. Petit et Reinhard, *Bul. Joly* 1996, 604 note P. Le Cannu) semble toutefois abandonner cette distinction, l'évolution étant vers une extension du champ des engagements qui ne peuvent être augmentés qu'à l'unanimité. V. P. Le Cannu-B. Dondero, no 145 et infra, Partie II de notre étude, plus particulièrement sur les clauses statutaires aggravant la position juridique de l'associé.

<sup>468</sup> V. M. Minoudis, commentaire de l'art. 745 AK in A. Georgiadis- M. Stathopoulos (dir.) *Astikós Kódikas* (commentaire), t. 4 , p. 21.

<sup>469</sup> V. M. Minoudis, commentaire de l'art. 745 AK in "Astikos Kodikas" (dir. Ap. Georgiadis-M. Stathopoulos), t. 4, p. 21, V. Antonopoulos « Droit des sociétés des personnes », p. 133. V. toutefois l'art. 783 AK analogiquement applicable, fondant –sauf disposition contraire des statuts- l'obligation d'apports supplémentaires proportionnels des associés à leur participation aux pertes après dissolution de la société et dans le cadre de sa liquidation, si la société a des pertes, dans le but de faire face aux obligations sociales et de rembourser aux associés leurs apports. Cet article est réputé applicable aussi dans le cas de la sortie d'un associé, sortie assimilée à une dissolution partielle. V. V. Antonopoulos op. cit. p. 134, 290. Ainsi désormais expressément pour les sociétés de personnes personnifiées art. 264 par.3 L4072/2012.

impérativement seulement par la collectivité des associés, non par le gérant, une décision pouvant toutefois être prise à la majorité des associés, si les statuts le prévoient<sup>470</sup>. Par contre, l'ordre public sociétaire « virtuel » des sociétés de personnes empêche, à l'instar du droit français, l'introduction par la majorité d'une clause d'augmentation des apports durant la vie de la société ou une telle augmentation sans fondement statutaire<sup>471</sup>. L'unanimité doit être réputée d'ordre public pour d'autres cas d'augmentation des engagements des associés. Pour les EPE, le droit grec offre en la matière une réglementation plus détaillée et restrictive, ressemblant aux solutions du droit français, mais plus protectrice de l'associé. S'il prévoit ainsi la possibilité d'introduction dans les statuts d'une clause d'apports supplémentaires, l'introduction d'une telle clause durant la vie sociale mais aussi plus généralement toute modification statutaire augmentant les obligations ou diminuant les droits statutaires des associés nécessite leur unanimité (36, 38 §3 L 3190/1955). L'obligation d'effectuer les apports supplémentaires est en plus impérativement encadrée par la loi quant à sa finalité et ses limites (les apports supplémentaires sont permis seulement dans le but de faire face aux pertes sociales, les statuts doivent impérativement prévoir leur étendue, avec comme limite le double du capital social), et elle peut être activée seulement par décision de l'assemblée générale, prise avec la majorité nécessaire pour la modification des statuts. Pour la nouvelle forme sociale de l'IKE, on doit réputer analogiquement applicable l'art. 745 AK<sup>472</sup>. Pour les AE, la lettre de l'art. 29 §2 L2190/1920 semble confier par contre et d'une manière apparemment surprenante l'imposition d'obligations supplémentaires aux actionnaires directement à l'assemblée générale extraordinaire, solution allant bien sûr à l'encontre de la solution de principe du droit français. Néanmoins, la doctrine grecque neutralise largement les effets de cet article qu'elle répute contraire au principe fondamental d'ordre public « virtuel » du droit des AE de limitation des obligations de l'actionnaire à son apport initialement souscrit, dans le but de standardisation du rapport d'actionnaire (v. supra), autrement dit non sur un fondement seulement de protection de l'actionnaire face au pouvoir majoritaire mais surtout sur le fondement du rôle de l'AE comme institution juridico-économique de concentration de

---

<sup>470</sup> N. Rokas, manuel précité, p. 58.

<sup>471</sup> V. en ce sens V. Antonopoulos, op. cit., p. 155.

<sup>472</sup> V. aussi l'art. 89 L4072/2012 qui prévoit que les apports supplémentaires des associés nécessitent leur accord unanime, sauf prévision statutaire de tels apports. Le même article prévoit toutefois aussi qu'en cas de désaccord d'un associé dont la participation se trouverait diminuée à la suite de nouveaux apports, le tribunal peut permettre des apports supplémentaires, s'il y a pour cela cause grave imposée par l'intérêt social, cette dernière disposition étant d'ordre public et reconnaissant le rôle de l'intérêt social comme fondement de restriction d'un droit d'associé ; mais cet article n'est pas applicable en matière d'augmentations du capital.

capitaux. De la sorte, on doit considérer que même la prévision statutaire d'apports supplémentaires ne peut avoir d'effets du droit des sociétés, à la différence du droit français, en n'engageant pas les organes sociaux et les actionnaires ayant acquis ultérieurement leurs actions, et bien sûr de telles clauses ou décisions ne peuvent pas être introduites avec des effets du droit des sociétés à la majorité même extraordinaire durant la vie de la société (l'introduction d'une pareille clause par les statuts initiaux ou son introduction ultérieure à l'unanimité ou a fortiori à la majorité pourrait au plus avoir un effet relatif seulement entre les actionnaires qui y ont consenti, comme pacte extrastatutaire –v. infra, Partie II)<sup>473</sup>. Ces solutions du droit grec vont plus loin que celles du droit français pour ce qui concerne les restrictions de l'étendue possible des engagements de l'actionnaire, initiales ou introduites ultérieurement. Il demeure toutefois la question des conditions de l'aggravation éventuelle de la situation juridique des actionnaires durant la vie de la société –quand bien sûr l'ordre public sociétaire les permet-, question différente de celle des obligations d'apports supplémentaires pouvant mettre en cause la standardisation du rapport d'actionnaire (v. supra sur la distinction en droit français) et importante pour l'introduction de certaines clauses statutaires utilisées dans le cadre de montages visant à des AE atypiques (v. infra, Partie II). Selon une opinion, de telles aggravations, y compris la diminution ou suppression des droits supplémentaires des actionnaires introduits par les statuts, nécessitent impérativement leur unanimité, si elles concernent l'ensemble des actionnaires, position qui ressemble beaucoup à celle actuelle du droit français en matière de prohibition d'augmentation des engagements<sup>474</sup>. Pourtant, selon une opinion plus conforme au texte de l'art. 29 par. 3, les aggravations éventuelles de la position juridique des actionnaires durant la vie de l'AE (étant entendu celles permises par la loi, ne s'opposant pas à une disposition ou principe d'ordre public et n'enfreignant pas le principe de l'égal traitement –v. infra) se font en droit grec avec le quorum et majorité nécessaires pour la prise de décisions par les assemblées extraordinaires, non à l'unanimité (ainsi désormais sans aucun doute pour l'introduction de clauses de restrictions dans la cession des actions- v. pourtant infra sur le droit de sortie des actionnaires dissidents)<sup>475</sup>. Mais la suppression de droits spéciaux octroyés par les statuts à certains actionnaires personnellement nécessite le consentement de ces derniers, et la diminution des droits de catégories d'actionnaires, p. ex. de porteurs

---

<sup>473</sup> Sur ce principe fondamental du droit de l'AE v. E. Alexandridou "Droit de la société anonyme" (en grec), fasc. 1, A. N. Sakkoulas, 2000, 2e édition, p. 63, V. Antonopoulos « Droit des AE et EPE », p.6, N. Rokas, op. cit., p. 358 et plus particulièrement sur l' art. 29 par. 3 et l'augmentation des obligations de l'actionnaire « Droit de l' AE » (dir. E. Perakis), t. 4, p. 26, 116 (par D. Avgitidis).

<sup>474</sup> V. sur l'unanimité et les droits des actionnaires V. Antonopoulos op.cit. p. 370, 471.

<sup>475</sup> E. Perakis « Le nouveau droit... », p. 23.

d'actions privilégiées (v. infra) – nécessite le consentement de leurs assemblées spéciales (v. infra)<sup>476</sup>.

### **Le droit de participation aux décisions collectives**

Le deuxième droit propre - en principe irréductible- de l'associé est pour la conception française celui de participer aux décisions collectives de la société – il s'agit d'ailleurs du trait essentiel qui distingue la société des différents contrats de participation (v. supra). Ainsi, selon l'art. 1844 al.1 C.civ. – disposition d'ordre public de droit commun pour toutes les sociétés – l'associé a le droit de participer aux décisions collectives de la société. En droit grec, à défaut d'une disposition de droit commun, le droit de tout actionnaire ou associé de participer aux décisions collectives en votant aux assemblées est expressément garantie pour les AE et les EPE et maintenant pour les IKE (art. 30 L2190/1920, 12§1 L3190/1955, 72 par.1 L4072/2012) ; la participation aux décisions collectives est en plus réputée traditionnellement essentielle pour la qualité d'associé d'une société de personnes du droit grec. Dans les sociétés par actions, la possibilité pour l'actionnaire de participation aux décisions collectives suppose traditionnellement la possession du titre, la dématérialisation des actions ayant pourtant changé les choses quant au sens de cette possession, avec des différences ayant fait leur apparition dans les deux droits, les changements en cause n'étant pas sans importance pour certains montages avec comme objet les actions<sup>477</sup>. Pour les sociétés de personnes, la doctrine grecque est plus souple que celle française sur l'admission de dérogations pour ce qui concerne la participation des associés dans la prise des décisions ; ainsi, pour la doctrine dominante est possible dans les sociétés de personnes la clause privant l'associé de son droit de vote pour des décisions particulières - avec comme limite l'abus de droit de la part de ses coassociés<sup>478</sup>. La réforme récente du droit des sociétés grecques de personnes a en plus innové d'une manière peut-

---

<sup>476</sup> V. V. Antonopoulos, op. cit., p. 81.

<sup>477</sup> V. en droit français R225-85, R225-86 C. com., P. Le Cannu- B. Dondero no 857, 862 (sur la pratique de la participation par le biais de nomines et ses conséquences) et pour le droit grec art. 28 L2190/1920 (sur les actions non cotées, matérialisées, avec l'obligation traditionnelle de leur dépôt cinq jours avant l'assemblée auprès de la société ou de la Caisse de dépôt et consignations ou d'une banque), 28 a de la même loi (sur les actions cotées, dématérialisées, pour lesquelles a été introduit en 2010 le dispositif de la record date, avec droit de participation du titulaire d'une attestation du teneur des comptes des actions ou de la personne connue à la société à la suite d'une connexion électronique directe de cette dernière avec le teneur, datant cinq jours avant l'assemblée, sans blocage des actions entre cette date et la date de l'assemblée). Sur l'importance de l'introduction du dispositif de record date la possibilité offerte par lui pour les différents montages v. A. Kontogeorgiou 'La déconnexion de l'intérêt économique du droit de vote de l'actionnaire', éd. Nomiki Vivliothiki 2012, p. 60 suiv.

<sup>478</sup> V. N. Rokas, op. cit. p. 63, M.-Th. Marinos, op. cit., p. 80, 81.



être discutable, en prévoyant l'exclusion du commanditaire de la prise des décisions sociales, sauf prévision contraire des statuts, en permettant ainsi de rendre sa position largement similaire à celle d'un créancier (v. en plus supra sur la possibilité de restriction du droit du commanditaire à l'information)- mais le commanditaire maintient toujours un droit d'opposition –d'ordre public, semble-t-il - pour les actes dépassant la gestion ordinaire et bien sûr les modifications du pacte social nécessitent son consentement ou sa participation (en cas de clause de majorité) –v. art. 274 en combinaison avec l'art. 254 par. 3 L4072/2012. Participation aux décisions collectives signifie d'ailleurs non seulement droit de vote au sein de la collectivité des associés mais aussi obtention de l'information nécessaire pour l'exercice de ce droit, avec développement concomitant d'un ordre public d'information de l'associé dans les deux droits (v. supra)<sup>479</sup>. Ce droit de participation aux décisions collectives, conçu comme d'ordre public et un des fondements du droit des sociétés, est toutefois mis les dernières décennies en épreuve dans les deux pays sous comparaison par la reconnaissance d'actions privilégiés ou de préférence sans droit de vote (v. infra dans l'unité sur l'égalité entre associés). Néanmoins, l'actionnaire sans droit de vote maintient impérativement certaines prérogatives politiques importantes (droit d'information, droits des minoritaires) et en tout cas les atteintes arbitraires, sans fondement légal, au droit de participation politique sont interdites – de sorte que le principe de participation aux décisions collectives demeure, malgré les dérogations, un principe d'ordre public dans les deux droits sous comparaison. La question de la finalité et des limites du droit de vote de l'associé et notamment de l'actionnaire est bien sûr influencée par le débat plus général présenté ci-dessus concernant les finalités du pouvoir dans les sociétés. Le vote de l'associé est en principe libre dans les deux droits sous comparaison et on pourrait dire que le noyau de cette liberté est d'ordre public sociétaire (v. infra Partie II sur les conventions de vote). Mais le vote, comme expression d'un pouvoir reconnu par la loi et exercé dans le cadre de l'organisation sociétaire, tout en exprimant les vues personnels et l'intérêt personnel de l'associé dans la société, doit être émis dans le cadre posé par l'intérêt commun des associés et en plus -selon le point de vue que nous adoptons- ne pas entrer en conflit avec l'intérêt de la société comme personne morale juridiquement distincte des associés et l'intérêt de l'entreprise que la société exprime juridiquement (v. infra sur le mécanisme de l'abus de droit dans les deux droits sous comparaison et le débat sur l'obligation de loyauté de l'actionnaire en droit grec ; d'autre part, ce droit de vote est en droit grec indéniablement

---

<sup>479</sup> V. aussi plus généralement sur l'existence non seulement d'un droit de vote mais aussi d'un droit de vote éclairé la monographie précitée du Pr. Athanassiou sur les actionnaires et leur surveillance sur l'AE, p. 228 suiv.

soumis à l'obligation de loyauté de l'associé dans les sociétés de personnes mais aussi les EPE-v. supra)<sup>480</sup>. Les deux droits prohibent en tout cas expressément la vente du droit de vote dans les sociétés anonymes, une telle vente étant réputée contraire à la morale des affaires et à l'intérêt social (L242-9 al. 2 C.com., 59 L2190/1920). Des interdictions impératives sont d'ailleurs imposées par les deux droits - plus largement par le droit français- au droit de vote dans certains cas de conflit d'intérêts<sup>481</sup>.

### **Le droit de participer aux bénéfices**

Le troisième droit propre de l'associé est celui de participer aux bénéfices de la société. Le droit français prévoit ainsi dans une disposition d'ordre public et de portée générale que tout associé a le droit de participer aux bénéfices de la société, les clauses leonines excluant un associé totalement du profit étant prohibées (1844-1 al. 2 C.civ.)<sup>482</sup>. Ce qui est somme distribuable aux associés après chaque exercice est la part des capitaux propres excédant le capital social et les réserves obligatoires (légales ou statutaires) de la société, la distribution nécessitant en plus impérativement approbation des comptes de l'exercice et décision de l'assemblée (assemblée ordinaire pour les sociétés de capitaux- L232-11 suiv. C.com., dispositions d'ordre public et de droit commun pour les sociétés commerciales, L225-98 C.com. – v. aussi art. L232-12 sur les acomptes sur dividendes et L232-12 al.3, L232-17 C.com. sur les dividendes indûment distribués). Le droit à la distribution du bénéfice ne joue pas ainsi de plein droit, l'assemblée pouvant mettre les bénéfices en réserve. D'abord la jurisprudence et ensuite le législateur ont ainsi refusé d'admettre un

---

<sup>480</sup> V. sur le débat entre les deux points de vue quant au droit de vote de l'actionnaire la monographie précitée sur l'intérêt social de G. Triantafyllakis, not. p.251 suiv. Il est vrai que la conception traditionnelle grecque était en la matière très individualiste, l'actionnaire n'étant pas réputé engagé par la poursuite d'un intérêt commun et pouvant poursuivre librement son intérêt égoïste. Les dernières décennies ce point de vue est toutefois vivement contesté- v. (en grec) L. Kotsiris « Qualification de l'actionnaire comme coassocié dans la société anonyme », consultation précitée, considérant que l'actionnaire est associé poursuivant un but commun, comme la société anonyme est une spécialisation de la société en général, caractérisée exactement par la poursuite d'un but commun par les associés.

<sup>481</sup> Pour le droit français v. p. ex. pour les SA les articles L225-10, L225-40, L 225-88 al. 4, L225-101 al. 2, L225-138, L 225-147 C.com. En droit grec, la suspension du droit de vote dans certains cas de conflit d'intérêts est expressément prévue seulement pour les EPE (art. 12 par.2 L3190/1955). Pour les sociétés de personnes une obligation d'abstention en cas de conflit d'intérêts découle pour l'associé impliqué dans le conflit de l'obligation de loyauté de chaque associé, obligation d'ordre public que les statuts ne peuvent pas écarter- V. Antonopoulos « Droit des sociétés de personnes », p. 156. L'opinion dominante refuse encore une pareille obligation d'abstention pour les AE- v. N. Rokas, op. cit., p. 61, 361.

<sup>482</sup> D. Velardocchio « Dividendes », Répertoire de droit des sociétés Dalloz.

droit individuel de chaque associé d'exiger une distribution annuelle obligatoire des bénéfices sociaux éventuels, en voulant favoriser de la sorte l'autofinancement des entreprises ; ils ont ainsi donné à la collectivité des actionnaires le pouvoir de statuer sur le sort des bénéfices et à l'intérêt de l'entreprise une priorité sur l'intérêt individuel de l'associé<sup>483</sup>. Les statuts peuvent toutefois toujours restreindre ce pouvoir de l'assemblée de mettre les bénéfices en réserve dans l'un ou l'autre sens – ne serait pourtant pas licite une clause prohibant la distribution durant toute la durée de la société ; d'autre part, le pouvoir de l'assemblée de décider sur le sort des bénéfices ne peut pas être exercé d'une manière constituant abus de droit (v. infra)<sup>484</sup>. Les choses sont assez différentes en droit grec, à défaut de dispositions impératives de droit commun pour toutes les sociétés : ainsi, si l'AK interdit pour les sociétés de personnes les clauses léonines excluant un associé des bénéfices (art. 764 AK), disposition qu'on doit réputer d'ordre public, la doctrine dominante accepte que l'exclusion statutaire du droit d'un associé au bénéfice peut être licite, pourvu que cet associé obtienne d'autres avantages de sa participation à la société<sup>485</sup>. Le droit grec prévoit un droit des associés à la distribution des bénéfices des sociétés de personnes ayant une durée plus grande qu'un an à la fin de chaque an une fois le compte de l'exercice approuvé par ceux-ci –les bénéfices étant entendus comme l'augmentation de la valeur du patrimoine de la société dans l'exercice, sans existence de dispositif légal de capital social et de sa protection ; mais ce dispositif est de droit supplétif, les statuts pouvant décider autrement (762 AK, 255 L4072/2012, ce dernier article introduisant comme droit supplétif la distribution des bénéfices proportionnellement à la participation de chaque associé à la société)<sup>486</sup>. D'autre part, dans les sociétés de capitaux grecques typiquement –mais pas nécessairement (v. supra) à but lucratif (AE et EPE), des clauses statutaires d'exclusion d'un associé des bénéfices ne seraient pas possibles, car elles seraient contraires au caractère de ces sociétés dans les relations entre associés comme communautés de résultat et de pouvoir mais aussi au noyau de l'égalité voulue en principe par la loi pour ces

---

<sup>483</sup> Sur l'histoire de ce débat et ses enjeux v. la thèse précitée du Pr. J. Paillusseau.

<sup>484</sup> V. M. Cozian- A. Viandier-F. Deboissy, no 712, avec les clauses en ce sens le plus souvent utilisées (clause de dividende majoré, de premier dividende, de superdividende). V. aussi art. L232-18 C.com., reconnaissant aux statuts des sociétés par actions la possibilité de permettre à l'assemblée d'offrir à chaque actionnaire le choix entre le paiement du dividende en numéraire ou par nouvelles actions avec augmentation du capital.

<sup>485</sup> V. Ap. Georgiadis « Droit des obligations. Partie spéciale », t. 2, p. 734, V. Antonopoulos « Droit des sociétés de personnes », p. 150, N. Rokas, op. cit., p. 63.

<sup>486</sup> Sur la notion de bénéfice dans les sociétés de personnes v. Ap. Georgiadis, op. cit. p. 733, Th. Liakopoulos in Astikos Kodikas (direction Ap. Georgiadis - M. Stathopoulos), t. 4, p. 56, N. Rokas, p. 64. Il est toutefois à noter que la doctrine et la jurisprudence grecque accepte le droit de l'associé d'une société de personnes de demander directement la distribution même si le gérant n' a pas rédigé et déposé le compte à la collectivité des associés- v. V. Antonopoulos, op.cit., p.151.

relations (v. infra)<sup>487</sup>. Pourtant, pour les IKE le législateur grec a innové – peut-être d'une manière discutable- dans un souci d'élargissement du champ de la liberté statutaire, en introduisant pour la première fois pour un type social un principe contraire à la prohibition traditionnelle des clauses léonines ; il a ainsi expressément reconnu pour les statuts de l'IKE la possibilité de clauses excluant un ou plusieurs associés de la participation aux bénéfices, avec toutefois une durée maximum de dix ans de ces clauses (art.100 par. 4 L4072/2012). Dans les sociétés de capitaux grecques, la notion de somme distribuable est d'ailleurs limitée, comme en droit français, par l'impératif de la protection du capital social et des réserves obligatoires, légales ou statutaires (44a L2190/1920, 35 L3190/1955 et ainsi pour les IKE, même sans prévision légale expresse, la protection de la valeur du « quasi-capital » introduit dans cette forme sociale –v. supra- étant une limite supplémentaire aux sommes distribuables), et la distribution nécessite impérativement l'approbation des comptes sociaux, ainsi que la prise de décision la concernant par l'assemblée ordinaire (34 par.2 L2190/1920, 14γ L3190/1955, 100 par.1 L4072/2012)<sup>488</sup>. Généralement, le droit grec laisse moins de liberté aux assemblées de sociétés de capitaux en matière de décision de non distribution que celui français, dans un souci de protection des droits des associés, sans aller toutefois jusqu'à imposer un droit d'ordre public de l'associé de demander la distribution de l'ensemble du bénéfice dégagé dans l'exercice. Pour les EPE, les associés ont selon la loi un droit sur les bénéfices de l'exercice tels qu'ils résultent du bilan approuvé par les associés, sauf prévision différente des statuts (art. 35 L3190/1955), et l'assemblée ordinaire est réputée pouvoir en cas de silence des statuts décider la non-distribution des bénéfices pour un exercice donné seulement si cela est imposé par « un intérêt social intense », sauf unanimité des associés<sup>489</sup>. Pour les IKE, le droit grec a renversé le principe valant pour les EPE, en laissant le sort des bénéfices de l'exercice constatés après l'approbation des comptes sociaux par l'assemblée (et après l'affectation des sommes impérativement prévues pour la formation de réserve obligatoire) à la décision des associés,

---

<sup>487</sup> V. V. Antonopoulos « Droit des AE et EPE », p. 231 sur le droit général individuel de l'actionnaire de participation aux bénéfices, un droit ne pouvant être touché par les statuts car cela serait contraire à la nature de l' AE comme société à but lucratif ; v. toutefois supra sur la possibilité d'existence en droit grec de sociétés de capitaux sans but lucratif et V. Antonopoulos op.cit. p. 232 sur la possibilité d'exclusion par les statuts de telles sociétés du droit des associés aux bénéfices. V. aussi G. Sotiropoulos, in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 5, Nomiki Vivliothiki 2004, 2<sup>e</sup> édition, p. 527 suiv.

<sup>488</sup> V. V. Antonopoulos, op. cit., p.231 suiv., sur la distinction entre le droit général de l'actionnaire au bénéfice et son action –au sens matériel- pour le dividende d'un exercice que la société a décidé de distribuer. En droit grec, comme mesure pour la distribution est utilisé le capital libéré. V. l'art. 46 L2190/1920 sur les acomptes sur dividendes et les art. 46a L 2190/1920,35 par. 2 L3190/1955 sur les dividendes indûment distribués.

<sup>489</sup> V. N.Rokas, op. cit., p. 543, 544 sur le pouvoir de l'assemblée en la matière.

les statuts pouvant toutefois imposer des distributions minimum obligatoires (art. 100 par. 3 L4072/2012). Pour les AE, la loi grecque a introduit un dispositif de protection des actionnaires et de limitation du pouvoir majoritaire : traditionnellement le droit grec prévoit ainsi un droit d'ordre public sociétaire des actionnaires à la distribution d'un premier dividende sur le bénéfice de l'exercice, après affectation de la part exigée pour les réserves obligatoires (art 45 L2190/1920), droit auquel les actionnaires pouvaient renoncer pour un exercice donné seulement à l'unanimité. Il s'agissait d'un dispositif qui donnait (à la différence du droit français) la priorité aux droits individuels des actionnaires dans la société sur les besoins d'autofinancement des entreprises, tout en constituant une limite au pouvoir majoritaire ; mais la réforme de 2007 a beaucoup affaibli ce dispositif, le majoritaire ayant un pourcentage lui permettant de modifier les statuts pouvant ainsi décider la non distribution de dividende<sup>490</sup>. Pour le reste, le sort des bénéfices de chaque exercice est laissé par la loi au domaine de la liberté statutaire (art. 45 par. 2y L2190/1920- étant entendu que les statuts ne peuvent exclure indéfiniment toute distribution pour les AE à but lucratif), l'assemblée de l'AE n'étant pas réputée en principe libre dans le silence des statuts de décider la non distribution des bénéfices aux actionnaires, sauf s'il y a besoin pour le financement de la société, selon « jugement objectif »<sup>491</sup>. Il est à noter que la nature juridique des dividendes comme fruits ou non est incertaine en droit français, tandis que pour la doctrine grecque, une fois le droit de chaque associé sur le bénéfice d'un exercice donné né, normalement avec la prise de la décision de distribution, il y a application sur cette action de l'associé à l'égard de la société du droit commun des obligations, le sujet échappant désormais au droit des sociétés et son impératif<sup>492</sup>.

---

<sup>490</sup> Désormais, le droit au premier dividende pour un exercice donné peut être reporté en vue de capitalisation dans les quatre ans avec décision de l'assemblée prise avec une majorité des 65% du capital social libéré, et même être supprimé avec une majorité de 70 pour cent du même capital. Le droit au premier dividende est aujourd'hui fixé à la hauteur des 35% du bénéfice net de l'exercice. Selon le Pr. V. Antonopoulos, la réforme du droit au premier dividende par la loi 3609/2007 équivaut pratiquement à sa suppression et au sacrifice des droits des petits actionnaires aux objectifs des grands actionnaires qui peuvent ainsi instrumentaliser l'AE ("Les modifications récentes...", article précité, p. 338).

<sup>491</sup> V. V. Antonopoulos, op. cit., p. 260, N. Rokas, op. cit., p. 364. V. d'autre part l'art. 45 par.3 permettant à l'assemblée après distribution du premier dividende et statuant avec les conditions de prise de décisions par l'assemblée statutaire d'affecter les bénéfices devant être distribués selon les statuts aux actionnaires à une augmentation du capital, avec émission d'actions nouvelles pour les actionnaires, dispositif plus restrictif du droit des actionnaires au bénéfice que celui analogue optionnel du droit français- v. supra.

<sup>492</sup> V. pour le droit français P. Le Cannu-B. Dondero, no 173, et pour le droit grec V. Antonopoulos, p. 233. Mais le droit grec reconnaît encore pour les sociétés non cotées la possibilité d'incorporation de ce droit au bénéfice de chaque exercice à des coupons spéciaux constituant des "papiers-valeurs" (v. supra).

### **Le droit de rester associé**

L'autre droit propre de l'associé –et plus débattu que les autres quant à son caractère d'ordre public – est pour le droit français (cette fois sans disposition expresse d'ordre public de portée générale) celui de rester associé, de ne pas être exclu de la société sans son consentement – dernier rempart face au pouvoir majoritaire au sein des sociétés. La question est difficile parce que l'intérêt de la société et de l'organisation juridiquement exprimée par elle nécessite dans certains cas cette exclusion<sup>493</sup>. Ainsi, aujourd'hui en droit français ce droit propre souffre de plusieurs exceptions introduites par la loi<sup>494</sup>. En dehors de ces exceptions ex lege, la jurisprudence admet sous conditions et limites les clauses statutaires d'exclusion d'un associé (v. infra, Partie II) ; on doit considérer de la sorte que ce qui est aujourd'hui d'ordre public est le droit de ne pas être exclu de la société sans fondement légal ou statutaire spécifiant des causes licites d'exclusion<sup>495</sup>. La jurisprudence française refuse ainsi pour le moment de se reconnaître un pouvoir d'exclure un associé en cas de trouble pour la société en sa personne, en dehors de disposition expresse légale ou de stipulation statutaire<sup>496</sup>. En plus, en tout cas d'exclusion le droit de l'exclu à la valeur de sa participation est impérativement protégé (art. 1843-4 C.civ.)<sup>497</sup>. Les choses sont très différentes en droit grec, où une fois de plus il n'y a pas de disposition de portée générale concernant l'exclusion de l'associé pour toute forme sociale ni une disposition générale de protection de la valeur de la participation de l'associé exclu comme l'art. 1843-4 C.civ., mais un pluralisme de solutions selon les types sociaux. Pourtant, comme en droit français, ce qu'on peut considérer comme d'ordre public sociétaire pour toute forme sociale du droit grec

---

<sup>493</sup> Sur le principe de l'interdiction de l'exclusion de l'associé v. C. cass. Ch.com..12 mars 1996, Rev. soc. 1996, p.554.

<sup>494</sup> V.- en dehors des sociétés à capital variable - p. ex. 1844-12 C.civ., L235-6 C.com. (possibilité d'exclusion d'un associé en la personne duquel existe une cause de nullité de la société de personnes, s'il insiste à agir en nullité), L228-27 C.com. ("exécution en bourse" - v. supra), L 227-16 C.com. (possibilité d'introduction d'une clause d'exclusion dans les statuts de la SAS)-v. infra Titre II sur le squeeze-out dans les sociétés cotées.

<sup>495</sup> C. cass. Ch. com. 11 déc. 1994, JCP E 1995 II, 705, note Y. Paclot, 8 mars 2005, D 2005, p. 839, obs. A. Lienhard. V. pour des doutes sur ce caractère d'ordre public du droit de l'associé de rester associé après la reconnaissance des clauses statutaires d'exclusion S. Schiller thèse précitée no , parce que l'admission de ces clauses signifierait possibilité de renonciation en amont au droit de rester associé, une telle possibilité n' existant pas pour les droits d'ordre public.

<sup>496</sup> C. cass. Ch. com. 12 mars 1996, Rev. soc. 1996, p.554. Sur cette question v. J. -P. Storck "La continuation d'une société par l'élimination d'un associé », Rev. soc. 1982, p. 233, J.-J. Daigre "L'exclusion en réponse à une demande de résolution", Bull. Joly 1996, p. 376.

<sup>497</sup> Selon cet article dans tous les cas où est imposée la cession des droits sociaux d'un associé ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné soit par les parties, soit, à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme de référé et sans recours possible- disposition sans aucun doute d'ordre public, sauf pour les SAS (L227-18 C.com.).

est la prohibition d'exclusions arbitraites ou abusives. En ce qui concerne les sociétés de personnes, l'AK reconnaît expressément la possibilité d'exclusion d'un associé par décision de justice ayant la force de chose jugée après demande de tous les autres associés, si en sa personne concourt à cause de manquement fautif à ses obligations une cause grave de résiliation de la société (771 AK- v. infra sur la résiliation pour cause grave des sociétés de personnes en droit grec)<sup>498</sup>. La disposition n'est pas toutefois réputée par la doctrine d'ordre public, parce qu'elle concerne exclusivement les relations entre associés, et les statuts peuvent aussi bien restreindre encore plus ou même prohiber l'exclusion que la rendre indépendante de l'existence d'une cause grave ou d'une faute. Ce dispositif d'exclusion judiciaire a été repris par l'art. 263 L4072/2012 sur les sociétés de personnes personnifiées, l'article en cause rendant plus généralement cause d'exclusion l'existence de cause grave en la personne d'un associé pouvant justifier la dissolution de la société, sans référence à une faute de sa part (en plus pour les sociétés de personnes personnifiées il y a désormais dissolution judiciaire et non résiliation unilatérale) ; pourtant, à la différence du droit français, la question du remboursement à l'exclu de la valeur de sa participation est laissée largement au domaine du supplétif<sup>499</sup>. La réforme de 2012 du droit des sociétés grecques de personnes peronnifiées a introduit une possibilité d'exclusion de l'associé par décision du tribunal –qui fixe la valeur de sa participation- à la demande d'un de ses créanciers personnels, si les voies d'exécution sur le patrimoine de l'associé ont été prouvées inefficaces (art. 262 L4072/2012) –disposition qui vise à protéger des intérêts de tiers et doit être réputée d'ordre public face aux statuts. Pour le droit grec des EPE, est reconnue par la loi la possibilité d'exclusion d'un associé par décision de justice ayant la force de chose jugée après décision de l'assemblée ordinaire des associés pour concours de cause grave en sa personne (indépendamment de faute), la doctrine précisant que la participation de cet associé doit mettre en danger la survie ou le fonctionnement normal de la société (33 §3 L3190/1955). Dans ce cas, c'est le tribunal qui selon la loi détermine la valeur de la

---

<sup>498</sup> V. le commentaire de M. Minoudis in Astikos Kodikas (dir. Ap. Georgiadis - M. Stathopoulos), t. 4, p. 80 suiv., V. Antonopoulos « Droit des sociétés de personnes », p. 116.

<sup>499</sup> Selon l'art. 264 de la loi, l'associé exclu ou sortant (v. infra) a un droit à l'entière valeur de sa participation, sauf si les statuts stipulent différemment. En tout cas, en cas de désaccord entre associés, c'est le tribunal qui détermine la valeur de la participation. L'associé exclu ou sortant a aussi l'obligation ex lege de couvrir dans la proportion de sa participation aux pertes la différence éventuelle entre la valeur de l'actif social et les dettes sociales, si le premier est insuffisant pour faire face aux secondes- mais cette disposition ne doit pas être réputée d'ordre public, à cause de la responsabilité indéfinie des associés pour les dettes sociales. V. en plus V. Antonopoulos « Droit des sociétés de personnes », p. 115 suiv. et spec. p. 118 sur la publicité exigée dans les sociétés personnifiées pour le développement des effets de l'exclusion (vue comme modification des statuts) à l'égard des tiers de bonne foi et sur la protection de la valeur de la participation de l'exclu avec la rédaction d'un bilan spécial établissant cette valeur.

participation de l'associé exclu, l'exclusion prenant effet avec le remboursement à l'associé exclu de cette valeur. La disposition de l'art. 33 par. 3 n'est pas toutefois réputée par la doctrine d'ordre public, avec comme fondement l'article 6 par.3 de la loi permettant généralement les conventions statutaires portant sur la sortie des associés de la société, les statuts étant ainsi libres de réguler différemment la question de l'exclusion et de ses modalités. Un cas spécial d'exclusion est pour non-libération des apports supplémentaires prévues par les statuts et dûment appelés (v. supra- art. 37 L3190/1955- le tribunal ordonne la vente des parts de l'exclu par la société, l'exclu demeurant responsable pour la différence entre la valeur de l'apport promis et le prix obtenu dans la vente), dispositif qui ne doit pas être réputé d'ordre public, à l'instar de celui de l'art. 33. L'exclusion est aussi possible à la suite d'une transmission à titre universel des parts sociales, mais dans ce dernier cas seulement si les statuts la prévoient (29 §1 L3190/1955 - la société a le droit d'imposer un acheteur et le tribunal détermine la valeur des parts de l'exclu, les autres associés ayant toutefois ex lege un droit de préemption des parts de ce dernier)<sup>500</sup>. Pour ce qui concerne les IKE, la loi reprend essentiellement le dispositif de l'art. 33 L3190/1955 (art. 93 L4072/2012, disposition qui doit être réputée de droit suppletif, étant donné que le législateur a voulu l'IKE comme évolution modernisée et libéralisée de l'EPE). La loi prévoit aussi un dispositif spécial d'exclusion d'un associé apporteur en quasi-capital (v. supra) sur fondement de clause statutaire par déclaration de volonté de la société en cas d'impossibilité de ce dernier d'exécuter son apport (art. 92 par.2)<sup>501</sup>. L'art. 92 par. 4 prévoit la détermination des modalités d'établissement de la valeur des parts de l'exclu en principe par les statuts et seulement à défaut de prévision statutaire sa détermination par le tribunal.

---

<sup>500</sup> V. sur l'exclusion dans les EPE V. Antonopoulos, p. 564 suiv., N. Rokas, p. 555. Dans le cas de l'exclusion de l'art. 33 l'associé candidat à l'exclusion n'a pas selon la doctrine majoritaire le droit de participer et de voter à l'assemblée statuant sur l'exclusion et ses parts ne sont pas pris en compte pour le calcul de la majorité, sur le fondement d'application analogique de l'art.12 par.2 de la loi concernant les décisions sur la responsabilité du gérant. Dans ce même cas l'exclu sera remboursé selon la loi pour la valeur de sa participation seulement après réduction du capital social impliquant une procédure de protection des créanciers sociaux, la société pouvant bien sûr procéder à même temps à une nouvelle augmentation. Si dans ce dernier cas la société ne procède pas à la réduction, l'associé exclu peut demander en justice sa dissolution (art. 41 par. 2, 43 L3190/1955)- mais ce dispositif de sortie avec réduction du capital n'est pas réputé d'ordre public (la société peut rembourser la valeur de la participation en prélevant sur les sommes distribuables à sa disposition, l'exclusion peut se faire par rachat des parts par un autre associé).

<sup>501</sup> V. aussi l'art. 85 introduisant un dispositif similaire à celui de l'art. 29 par.1 L3190/1955 pour le cas de mort d'un associé. La loi prévoit en plus explicitement que la société peut exiger des dommages-intérêts à l'associé exclu apporteur en industrie qui n'avait pas exécuté son apport (art 78 par. 4, 93) et le maintien de la responsabilité à l'égard des tiers de l'associé exclu apporteur en garantie des dettes sociales qui n'avait pas épuisé son apport, pour les dettes sociales nées avant la publicité au registre de son exclusion (art. 79, par. 6), cette dernière disposition devant être réputée d'ordre public, car servant l'intérêt des tiers.



En ce qui concerne les AE, était débattue dans la doctrine la question de la licéité de l'introduction de clauses statutaires d'exclusion d'actionnaires, à défaut de disposition expresse de la loi les concernant (v. infra Partie II- sauf dans le cas de l'exclusion si l'actionnaire ne libère pas intégralement à temps son apport en numéraire souscrit mais partiellement libéré- 12 §2 L2190/1920, dispositif similaire à celui français de l' « exécution en bourse »). Sans résoudre expressément la difficulté, la réforme de 2007 a étendu un dispositif du droit boursier, en permettant ex lege à l'actionnaire ultra-majoritaire (celui ayant acquis après constitution les 95 pour cent du capital social) d'exclure de la société ceux ultra-minoritaires, sur le fondement d'une décision judiciaire à sa demande, après contrôle par le tribunal des conditions de l'exclusion et du prix offert, avec rachat forcé par l'ultra-majoritaire des actions des ultra-minoritaires (49γ L2190/1920- v. infra Titre II sur le « squeeze-out » en droit boursier, le dispositif de l'art. 49γ étant indépendant de l'issue d'une offre publique). Cette procédure légale du rachat forcé est sans aucun doute d'ordre public car elle vise à protéger les droits des ultra- minoritaires, mais le droit lui-même reconnu à l'ultra-majoritaire de procéder au rachat forcé devrait être réputé de droit supplétif, du moins pour les sociétés non cotées, car il n'existe pas dans ces sociétés un intérêt protégeable qui imposerait la qualification de la disposition d'ordre public. Une possibilité ex lege d'exclusion – sous contrôle judiciaire, avec rachat des actions du demandeur par d'autres actionnaires représentant au moins le cinquième du capital, ordonné par le tribunal à juste prix à leur demande– existe à l'égard de l'actionnaire de grande minorité agissant en dissolution d'une société non cotée pour cause grave (v.art. 48a par.4 2190/1920 tel qu'il résulte après la réforme de 2007 et infra sur la dissolution des AE). Cette disposition présente une certaine similitude avec l'art. 1844-12 C.civ. (v. supra) et elle devrait être réputée dans son principe d'ordre public, car visant à la protection de l'organisme social avec la multiplicité des intérêts y impliqués –mais il y aussi une restriction possible, car l'art. 48a reconnaît aux statuts la possibilité de préserver par stipulation expresse la vigueur des clauses d'agrément sur les actions devant être cédées en application de son dispositif <sup>502</sup>.

### **Le droit de sortie de l'associé**

Selon la conception française, l'associé de toute société a un droit de principe de sortir de la société en monnayant sa participation sociale, dimension essentielle de ses droits

---

<sup>502</sup> V. avec plus de détails sur l'exclusion de l'actionnaire en droit grec v. V. Antonopoulos op.cit. p. 297 suiv., N.Rokas op.cit. p. 355, I. Venieris, commentaire des art. 48a et 49 c L2190/1920, in E. Perakis (dir) « Droit de la société anonyme », 3e édition, Nomiki Vivliothiki 2012, t. 2, p. 1871 suiv., 1925 suiv., 1957 suiv. respectivement.

patrimoniaux au sein de la société<sup>503</sup>. Mais le contenu et les modalités de ce droit ainsi que le poids de l'ordre public sociétaire en la matière diffèrent beaucoup selon la forme sociale. Ainsi, pour les sociétés en nom collectif la sortie d'un associé par cession de ses droits sociaux nécessite impérativement le consentement unanime des autres associés (L221-13 C.com.), expression du très fort intuitus personae de cette société pour le droit français. La cession des parts sociales, constatée par écrit, se fait en principe selon les modalités – modifiées, il est vrai – de la cession de créance pour être opposable à la société et en plus l'opposabilité de la cession aux tiers - notamment pour exonérer le cédant de la responsabilité pour les dettes sociales nées après la cession - nécessite l'observation des formalités de publicité prévues pour les sociétés commerciales (L221-14 C.com.) ; il est toutefois vrai que ces formalités, bien qu'en principe impératives, sont vues avec souplesse par la jurisprudence française<sup>504</sup>. Le principe de l'unanimité des associés pour la cession de parts sociales est reprise pour les commandites simples, mais son caractère d'ordre public est atténué (L222-8 C.com.) ; pour le reste, les modalités de la cession sont les mêmes que pour les SNC (L222-2 C.com)<sup>505</sup>. Les solutions sont très différentes en droit grec des sociétés de personnes, où la participation sociale est réputée en principe intransmissible, conformément au caractère intuitu personae de ces sociétés ; mais cette intransmissibilité est de droit supplétif, conformément au principe de la liberté statutaire pour les relations entre associés, les statuts pouvant ainsi prévoir même sa libre transmissibilité (v. désormais ainsi art. 256 L4072/2012)<sup>506</sup>. L'associé sortant est engagé, même dans le cas de transmission libre, par l'obligation de loyauté à l'égard de la société dans le choix de son

---

<sup>503</sup> V. M. Cozian-A. Viandier- F. Deboissy, no 313. Sur la cession des droits sociaux en général v. B. Lecourt « Cession de droits sociaux », Répertoire de droit des sociétés Dalloz.

<sup>504</sup> L'opposabilité de la cession de créance au débiteur et aux tiers nécessite en droit français la signification par exploit d'huissier au débiteur ou acceptation de la cession de la part de ce dernier par acte authentique. Selon l'art. 221-14 C.com., la signification peut être remplacée par le dépôt d'un original de l'acte de cession au siège social contre remise par le gérant d'attestation de ce dépôt. V. aussi Ch.com. C. cass. 10 mars 1992, JCP E 1992 II, no 319, note Y. Guyon (l'écrit exigé pour constater la cession est ad probationem, non ad solemnitatem), 13 fevr. 1996, Bul. Joly soc. 1996, p.404, note P. Le Cannu, 3 mai 2000, Bul. Joly soc. 2000, p.811, note P. Le Cannu (atténuation des exigences d'application des formalités de l'art. 221-14 pour les relations entre associés), 9 juin 1998, Bul. Joly soc.1998, p.1088, note P. Le Cannu (la publicité de la modification des statuts n'est pas une condition d'opposabilité de la cession). V. toutefois Ch. Com. C. cass. 27 janvier 1998, Rev soc. 1998, p.556, note P.Didier (faute de publicité au registre des sociétés, la cession est inopposable même aux tiers de mauvaise foi).

<sup>505</sup> Selon l'art. L222-8, la cession nécessite le consentement unanime des associés, mais les statuts peuvent prévoir la libre cessibilité des parts des commanditaires entre associés, la cessibilité des parts des commanditaires à des tiers à l'unanimité des commandités et à la majorité des commanditaires et dans les mêmes conditions la cessibilité d'une partie des parts du commandité à un commanditaire ou un tiers.

<sup>506</sup> V. N. Rokas, op. cit., p. 93.

ayant cause à titre particulier. La cession constitue en tout cas modification des statuts et dans les sociétés personnifiées son opposabilité aux tiers nécessite, comme en droit français, le respect des formalités de publicité prévues pour ces formes sociales (traditionnellement 42, 46 EN, tel qu'interprété par la doctrine, désormais supprimé, et aujourd'hui 15 L3419/2005) -mais, à la différence du droit français, seuls les tiers de bonne foi peuvent invoquer la non-observation de ces formalités<sup>507</sup>. En tout cas, le nouvel associé en nom ou commandité est indéfiniment et solidairement responsable même pour les dettes sociales nées avant son entrée à la société, tout accord contraire étant inopposable aux tiers (ainsi expressément art. 258 par.3 L4072/2012). Pour les SARL, le droit français prévoit un principe d'ordre public selon lequel la cession de parts sociales à un tiers (autre que conjoint, ascendant ou descendant de l'associé) nécessite l'agrément de la société, décision prise avec une double majorité des parts sociales et d'associés (les statuts peuvent augmenter cette majorité) – preuve du caractère « personnel » que le législateur français a voulu donner impérativement sur ce point aux SARL (L223-14 C.com- il est à rappeler qu'il s'agit de la modalité normale de prise de décisions dans l'EPE grecque) – avec cette réserve importante, que l'associé ne reste jamais prisonnier de ses titres, la société devant impérativement acheter ou faire acheter les parts sociales en cas de refus d'agréer le cessionnaire. La valeur sociale de la participation de l'associé est impérativement protégée en cas de rachat par la société ou une personne par elle choisie par l'application du dispositif de l'art. 1843-4 C.civ. (v. supra). Pour ce qui concerne la cession entre associés et entre associés et leurs conjoints, ascendants et descendants, le droit français prévoit un principe de libre cessibilité, mais largement de droit supplétif, sous la même réserve d'ordre public que l'associé ne devient jamais prisonnier de ses titres ( L223-13, L223-16 C.com – le même dispositif est appliqué pour les héritiers en cas de transmission à cause de mort). Pour le reste, sur les modalités de cession des parts des SARL est applicable le régime des parts des SNC (L223-17 C.com.). Par contre, les parts des EPE grecques sont en principe librement cessibles entre vifs, mais de droit supplétif, les statuts pouvant imposer des restrictions ou même leur intransmissibilité (pour les transmissions entre vifs), solution qui contraste avec le principe d'ordre public du droit français que l'associé ne devient jamais prisonnier de ses titres. La cession des parts des EPE se fait impérativement par acte

---

<sup>507</sup> V. N. Rokas, op. cit., p. 149 (bien que la lettre de l'article supprimé –vestige en droit grec du Code français de1807- parle de nullité au profit des tiers). Plus généralement, pour toute modification des statuts non normalement publiée les tiers de bonne foi ont selon la doctrine le choix d'invoquer soit la non-observation des formalités de publicité soit l'acte non publié, tandis que la non-publicité n'influence pas la validité de l'acte dans les relations entre associés. V. toutefois Areios Pagos 1205/2001, EEmpD 2002, p. 364.

notarié, l'opposabilité à la société nécessitant l'inscription à un livre spécial des associés tenu par celle-ci (art. 28, 29 L 3190/1955) ; en plus, le développement des effets de la cession à l'égard des tiers nécessite l'observation des formalités de publicité prévues pour les EPE (31 par. 2 L3190/1955). Pour les IKE, le droit grec prévoit le principe de la libre transmissibilité des parts, tout en introduisant une prohibition de cession en cas d'apports en quasi-capital (v. supra), dès que l'associé sortant ne rachète pas à la société ses obligations et permettant aux statuts de restreindre ou même exclure la transmission entre vifs, comme dans les EPE (art. 83 suiv. L4072/2012). Pour les sociétés anonymes non cotées, le principe de libre transmissibilité des actions souffre depuis longtemps dans les deux droits de dérogations, avec l'admission des clauses statutaires d'agrément de la transmission entre vifs pour les actions nominatives (L228-23 suiv. C.com., art. 3 L2190/1920 –v. supra sur le régime de la cession des actions suivant leur caractère comme au porteur ou nominatives et cotées ou non cotées et infra Partie II sur le régime des clauses d'agrément dans les sociétés anonymes et plus généralement sur les clauses restreignant les cessions d'actions dans les deux droits sous comparaison). Pour la forme spéciale du droit grec de société maritime, la loi (art. 10 par. 1 L959/1979) prévoit qu'est prohibée en principe l'acquisition de droits réels sur leurs actions par de personnes physiques ou morales de nationalité d'un pays non membre de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen, dans le but de garantir la nationalité grecque pour les navires appartenant à de telles sociétés (v. infra sur le dispositif en vigueur en Grèce d'acquisition du pavillon grec –art. 5 KDND –Code grec de droit maritime public), avec des exceptions pour la transmission à cause de mort, de donation de parents aux enfants et à l'issue de voies d'exécution (art. 10 par. 4 de la loi). De la sorte, la cession consensuelle des actions de la société maritime entre vifs à titre onéreux est en principe exclue ; la loi prévoit pourtant (art. 10 par. 2) que les statuts de la société peuvent déroger à cette prohibition, mais pour un pourcentage des actions de la société ne pouvant pas dépasser les cinquante pour cent du capital social<sup>508</sup>. En concluant, on pourrait dire que le caractère traditionnel d'ordre public de la libre négociabilité des actions a été atténué dans les deux droits sous comparaison, du moins dans les sociétés non cotées (v. toutefois infra Titre II sur les sociétés cotées), et ce recul est encore plus important dans la SAS française, forme de société par actions fermée ; toutefois, un noyau d'ordre public sociétaire existe encore pour la négociabilité des actions des sociétés anonymes même non cotées (v. infra Partie II

---

<sup>508</sup> A. Kiantou-Pambouki (en grec) « Droit maritime », éd. Sakkoula 2003, 4<sup>e</sup> édition, p. 175 suiv., avec référence sur la formulation initiale de la disposition dont la prohibition concernait toutes les personnes physiques ou morales étrangères.

sur les limites d'ordre public des clauses restreignant les cessions d'actions dans les deux droits).

La sortie de l'associé n'est pas toutefois toujours facile, même en cas d'inexistence de clauses d'agrément ou d'autres restrictions légales, si les droits sociaux ne sont pas négociés sur un marché secondaire de titres, situation qui est bien sûr l'exception et non la règle. Dans ce cas l'associé peut devenir prisonnier dans la société, notamment s'il s'agit d'une société de capitaux avec une majorité puissante et stable, le minoritaire pouvant ainsi être totalement marginalisé, avec essentiellement comme résultat la rupture de toute communauté d'intérêts dans la société. S'est ainsi posée – en dehors des sociétés à capital variable – la question d'un éventuel droit ex lege d'ordre public sociétaire de retrait de l'associé<sup>509</sup>. Le droit français répond par la négative à cette question, en dehors du domaine des sociétés cotées (des situations de « captivité » pouvant se présenter même dans ces sociétés- v. infra) et des sociétés civiles (par décision de justice et pour juste motif -1869 C.civ.). Une fois de plus, le droit grec ne donne pas une solution uniforme en la matière. La réforme du droit grec des sociétés de personnes en 2012 a innové, en reconnaissant expressément aux associés des sociétés de personnes personnifiées un droit de sortie par déclaration unilatérale de volonté, indépendamment du concours d'une cause grave, un droit qui toutefois n'est pas d'ordre public, le droit de l'associé sortant à la valeur de sa participation étant en plus reconnu, si la société est de durée déterminée, seulement en cas de concours de cause grave pour l'exercice du droit de sortie, dans le but de décourager les sorties intempestives ; le tribunal peut ainsi refuser à l'associé d'une société de personnes personnifiée à durée déterminée le remboursement de cette valeur en cas d'absence de cause grave pour sa sortie, une prévision qui contraste avec la philosophie du droit français en matière de protection des droits patrimoniaux de l'associé sortant (art. 261 L4072/2012, disposition pour les sociétés en nom applicable aussi aux autres sociétés de personnes personnifiées). Le droit grec a par contre reconnu depuis longtemps un droit d'ordre public sociétaire de retrait de l'associé d'une EPE – dans le cas de modification de l'objet social (pour les associés s'étant opposés à la modification- art. 39 L3190/1955), ainsi que pour cause grave rendant selon la bonne foi insupportable le maintien de l'associé dans la société, après décision de justice, au profit de chaque associé (art. 33 par.2 de la loi), les statuts pouvant élargir le droit de sortie. C'est le tribunal qui détermine dans les deux cas la

---

<sup>509</sup> P. Didier, rapport in « L'égalité des actionnaires, mythe ou réalité », Colloque, Cahiers du droit de l'entreprise, n° spécial, novembre 1994, M. -A. Frison-Roche « L'hypothèse d'un droit général de sortie des minoritaires », Cahiers du droit de l'entreprise, 1996, n° 4.

valeur des parts sociales de l'associé sortant<sup>510</sup>. Pour les IKE, l'art. 92 L4072/2012 introduit un dispositif de sortie de l'associé analogue à celui de l'article 33 L3190/1955. Pour ce qui concerne les AE, la réforme de 2007 a innové, en reconnaissant pour les sociétés non cotées un droit de retrait des actionnaires minoritaires dans certaines situations, droit d'ordre public, par le biais du rachat de leurs actions par la société, après décision de justice qui accepte la demande des minoritaires et fixe le juste prix des actions de l'actionnaire sortant (49a L2190/1920), les statuts pouvant étendre les cas fondant un droit de retrait (v. infra Partie II). Les cas de sortie légaux de l'art. 49a sont la décision de l'assemblée générale de transférer le siège de la société à l'étranger, l'introduction de restrictions à la libre transmission des actions et le changement de l'objet social, l'actionnaire qui demande sa sortie devant toutefois avoir opposé la décision en assemblée. Mais ces changements dans la vie sociale doivent en plus pour fonder le droit de sortie rendre le maintien de l'actionnaire dans la société manifestement et particulièrement désavantageux, la même condition étant exigée par la loi pour les causes de sortie introduites par les statuts, qui de la sorte ne sont pas entièrement libres en la matière<sup>511</sup>. La même réforme a en plus généralisé une solution du droit boursier, en reconnaissant aux ultra-minoritaires de toute société, cotée ou non, un droit d'ordre public de sortie -indépendamment de l'issue d'une offre publique (v. infra Titre II)- à l'égard de l'ultra-majoritaire (la personne qui a acquis après la constitution de la société les 95 pour cent de son capital, seule ou avec des entreprises contrôlées par lui ou avec son époux ou avec des personnes ayant une relation parentale de sang ou par alliance jusqu' au troisième degré avec lui), toujours après

---

<sup>510</sup> V. V. Antonopoulos, op.cit., p. 561 suiv., N. Rokas, op. cit., p.553 suiv. Les modalités de détermination et de remboursement par la société de la valeur de la participation sociale prévues par la loi ne sont pas toutefois réputées d'ordre public dans le cas de la sortie de l'art. 33- v. d' ailleurs ainsi supra sur l'exclusion de l'associé de l'EPE ; par contre l'art. 39 prévoit expressément le caractère d'ordre public de sa réglementation de ces questions

<sup>511</sup> V. sur le droit de sortie de l'actionnaire E. Perakis « Le nouveau droit ... » p. 37, S. Mousoulas « La loi 3604/2007 », p. 591 suiv., V. Antonopoulos, op.cit. p. 369 suiv., N. Rokas, op. cit., p. 354-355, I. Venieris in "Droit de la société anonyme" (dir. E. Perakis), éd. 2012, t. 2, p. 1949 suiv. L'action en justice de l'actionnaire demandant sa sortie doit être exercée dans un délai de 3 mois dès la modification des statuts en cause. Il est à noter que le rachat des actions de l'actionnaire sortant peut se faire selon la loi seulement avec emploi de sommes distribuables à la disposition de la société, le droit de sortie trouvant ainsi des limites si de telles sommes n' existent pas. L'art. 49a renvoie pour ce qui concerne le sort des actions rachetées par la société comme conséquence de l'exercice du droit de sortie au régime des actions auto-détenues (v. supra). Il est aussi à noter que selon la loi, si la procédure du rachat échoue à cause de faute de la société, le tribunal peut décider la dissolution de cette dernière. Pour ce qui concerne la suppression des clauses statutaires introduisant des cas de droit de sortie supplémentaires à ceux légaux v. supra sur la diminution des droits statutaires des actionnaires.

décision de justice qui fixe la valeur de la participation des ultra-minoritaires (art. 49ß L2190/1920).

### **Les obligations des associés**

En contrepartie de leurs droits, les associés ont bien sûr des obligations. Nous avons abordé déjà certaines des obligations principales des associés – obligations d'apports, éventuellement obligation de loyauté - et leurs limites pour chacun des deux droits. Pour le droit français, selon un principe général d'ordre public sociétaire, tout associé de toute forme sociale a en plus l'obligation fondamentale de contribuer aux pertes, en supportant la diminution de la valeur de sa participation sociale en résultant (1832 al.3 C.civ.). Une autre disposition d'ordre public de portée générale et elle aussi de valeur fondamentale interdit expressément comme léonines les clauses exonérant totalement l'associé de toute perte (1844-1 al. 2 C.civ.). Il s'agit d'expressions de la nature de la société comme communauté de risques, notion étroitement liée à la notion d'affectio societatis (v. supra), un lien étroit existant d'ailleurs traditionnellement entre participation au pouvoir dans la société et participation au risque<sup>512</sup>. D'ailleurs, les clauses d'intérêt fixe sont spécialement prohibées aux associés pour les sociétés commerciales (L232-15 C.com.). La prohibition des clauses d'exonération totale d'un associé des pertes se rencontre comme expression du risque des associés avec le dispositif d'ordre public de subordination de leurs « créances » sur l'actif social à celles des créanciers sociaux dans les sociétés commerciales (v. art. L232-11 C.com. et supra plus essentiellement sur la protection du capital dans les sociétés à risques limités) ; elle régule toutefois non les relations des associés avec les tiers, comme la subordination des créances des associés, mais les relations entre associés, avec application à toute forme sociale, pesonnifiée ou non, civile ou commerciale, relations sur fondement statutaire ou même traditionnellement extrastatutaire, ayant ainsi acquis un impact très étendu en droit français, notamment dans le passé. Le droit grec prévoit le même principe d'ordre public d'interdiction des clauses léonines d'exonération totale d'un associé des pertes pour les relations entre associés des sociétés de personnes, en l'infléchissant toutefois pour les apporteurs en industrie, pour lesquels peut être convenue dans les relations entre associés la non-participation aux pertes (764 AK). La pratique grecque connaît par ailleurs – avec la tolérance de la jurisprudence – l'introduction dans les

---

<sup>512</sup> V. sur le sens de la contribution aux pertes M. Cozian-A. Viandier-F. Deboissy, nos 127 suiv., et sur la connexion entre participation au pouvoir et participation au risque comme fondement de la prohibition des clauses léonines P. Didier, t. 2, p. 35.

statuts des sociétés de personnes de clauses de rémunération fixe pour les associés, même en absence de bénéfices, sur le fondement de la pensée que la responsabilité indéfinie ou même solidaire des associés est une protection suffisante pour les créanciers sociaux et de l'absence de capital social dans ces formes sociales<sup>513</sup>. En droit grec des sociétés de capitaux il n'y a pas d'autre part de dispositions expresses d'ordre public imposant la participation aux pertes pour les relations entre associés et prohibant les clauses léonines ; de la sorte, l'obligation de participation aux pertes n'a pas la même importance conceptuelle que pour le droit français comme obligation fondamentale caractéristique de la position juridique d'associé de ces sociétés. La participation des associés au risque dans ces formes sociales peut ainsi être vue pour les relations entre eux comme expression du principe d'égalité entre associés, principe qui toutefois souffre aujourd'hui de plusieurs exceptions – pourtant, l'exonération totale d'un associé du risque de la perte de la valeur de sa participation n'est prévue par aucun texte, et de la sorte les clauses léonines – du moins celles statutaires - ne sont pas permises (v. infra- la participation au risque opère en tout cas impérativement dans les relations avec les tiers, en sa forme de subordination des « créances » des associés sur le capital aux créances des créanciers sociaux). Le droit grec permet l'émission par les AE d'actions privilégiées (v. infra) à taux d'intérêt (art. 3 §2 L2190/1920), possibilité qui peut être vue comme exonération dans une certaine mesure de la participation aux pertes de chaque exercice et serait inconcevable en droit français, tout en introduisant comme limite d'ordre public du droit du titulaire de l'action au taux d'intérêt la protection du capital social et des réserves obligatoires, autrement dit la priorité des créanciers sociaux sur l'actif social. On ne doit pas par ailleurs confondre l'obligation de participation aux risques avec l'obligation personnelle, indéfinie et éventuellement solidaire des associés pour les dettes sociales, qu'on rencontre impérativement dans les sociétés à risques illimitées (1857 C.civ., L221-1 C.com., anc. 22 EN, aujourd'hui art. 258 L4072/2012)<sup>514</sup>.

---

<sup>513</sup> V. p. ex. Eph. (CA) Athènes 355/1984, EEmpD 1984, 597, V. Antonopoulos « Droit des sociétés de personnes », p. 152, N. Rokas, op.cit., p. 65.

<sup>514</sup> V. sur la responsabilité des associés en nom pour les dettes sociales P. Le Cannu –B. Dondero, no 1391 suiv., N. Rokas, p. 131 suiv. et plus particulièrement sur la distinction entre contribution aux pertes et responsabilité personnelle pour les dettes sociales M. Cozian-A. Viandier-F. Deboissy, nos 1134 suiv. , P. Le Cannu- B. Dondero, no 1392. Le droit français, à la différence du droit grec, prévoit une obligation de mise en demeure préalable et vaine de la société en nom collectif avant la poursuite des associés pour les dettes sociales et organise un véritable bénéfice de discussion au profit des associés des sociétés civiles (L221- al. 2 C.com, 1858 C.civ.). Ce qui est interdit impérativement en droit français est la prévision statutaire de limitation de responsabilité, des stipulations contractuelles limitant la responsabilité des associés pour les dettes sociales étant possibles pour les relations entre associés et tiers (v. P. Le Cannu- B. Dondero, n° 1391), avec la



## **L'égalité entre associés et actionnaires – la question de son caractère d'ordre public**

La question se pose par la suite de la recherche sur le contenu exact et le caractère éventuel d'ordre public du principe d'égalité entre associés pour les deux droits sous comparaison – celui français et celui grec, question étroitement liée avec celle des droits propres des associés<sup>515</sup>. Ce qui demeure sûr est que l'égalité entre associés, conçue comme absence de subordination juridique entre eux, est un principe d'ordre public sociétaire au sens de caractéristique essentielle du phénomène sociétaire, en distinguant le contrat de société d'autres contrats voisins, notamment celui de travail avec participation aux bénéfices. Plus particulièrement pour ce qui concerne les droits et obligations des associés, le droit français introduit un principe général d'ordre public d'égalité proportionnelle de participation des associés au capital social selon leurs apports en numéraire ou en nature (1843-2 C.civ.). Il prévoit aussi un principe de portée générale d'égalité proportionnelle à la participation au capital pour la participation des associés aux résultats sociaux (1844-1 al.1 C.civ.), mais ce principe est de droit supplétif, avec comme seule limite d'ordre public la prohibition des clauses léonines (clauses exonérant totalement un associé des pertes –v. supra- ou lui attribuant la totalité des bénéfices ou excluant totalement un associé des bénéfices ou mettant à sa charge la totalité des pertes), les associés pouvant pour le reste convenir librement entre eux la répartition des bénéfices. Le droit français permet ainsi même pour les sociétés par actions l'octroi statutaire d'avantages particuliers à des personnes dénommées, associés ou même non associés, au moment de la création de la société ou durant sa vie, avantages en principe de nature pécuniaire, toute en réglementant impérativement la procédure de leur adoption suivant celle de l'évaluation

---

limite de la prohibition des clauses léonines. Pour le droit grec v. N. Rokas, p. 133 sur la possibilité de conventions stipulant autrement avec effet seulement entre les relations entre associés en nom- ainsi désormais a contrario art. 258 L4072/2012. Est débattue en droit grec la question de la responsabilité indéfinie des associés pour les dettes sociales dans les sociétés civiles avec personnalité morale - v. Ap. Georgiadis "Droit des obligations. Partie spéciale", t. 2, p. 770. Sur la question de la responsabilité du commanditaire pour les dettes sociales v. art. 279 L4072/2012. Il est à noter que les associés de la commandite peuvent convenir une participation du commanditaire aux pertes sociales supérieure à son apport (art. 277) ; mais cette disposition ne donne pas une action directe aux créanciers sociaux contre le commanditaire pour les dettes de la société.

<sup>515</sup> Sur le principe d'égalité v. P. Didier, rapport in « L'égalité des actionnaires: mythe ou réalité », Cahiers du droit de l'entreprise, M. Germain « Les moyens d'égalité des associés dans les sociétés par actions non cotées », in Mélanges P. Didier, p. 189, J. Mestre « L'égalité en droit des sociétés (Aspects de droit privé) », Rev. soc. 1989, p. 399, K. Pamboukis (en grec) "Le principe d'égal traitement des actionnaires", Armenopoulos 1994, p. 893.

des apports en nature (L225-8, L 225-12, L225-14 C.com.)<sup>516</sup>. En ce qui concerne la participation dans la prise de décisions collectives, la question est en principe laissée à la liberté statutaire pour les sociétés de personnes (bien sûr quand l'unanimité n'est pas exigée pour la prise de décisions -v. supra pour la révocation du gérant associé légale ou statutaire des SNC), avec comme limite d'ordre public la prohibition de l'exclusion d'un associé des décisions collectives, l'égalité par tête étant retenue en cas de silence des statuts (art. 1844 al.1 C.civ.)<sup>517</sup>. Par contre, pour les sociétés de capitaux c'est traditionnellement l'égalité proportionnelle qui trouve impérativement application dans la prise des décisions collectives – avec comme critères selon la loi le nombre des parts de l'associé ou la quotité du capital exprimée par les actions de l'actionnaire (les actions pouvant avoir des valeurs nominales différentes si elles proviennent de plusieurs émissions-v. supra), autrement dit égalité proportionnelle à la participation au capital (ainsi L223-28 pour les SARL –mais v. supra sur la possibilité désormais de parts de SARL correspondant à des apports en industrie-, L225-122 C.com. pour les SA- v. toutefois L225-125 C.com. sur la possibilité pour les statuts d'introduire un plafond pour les droits de vote dont dispose chaque actionnaire dans l'assemblée, avec atténuation concomitante de l'égalité proportionnelle). Mais la reconnaissance de la possibilité d'octroi d'un droit de vote double à certaines actions comme « prime de fidélité » (L225-123 C.com.), et surtout la possibilité d'émission d'actions de préférence avec droits politiques supplémentaires ou sans droit de vote (L228-11 suiv. C.com.-v. ci-dessous) érogent assez la valeur de ce principe pour les SA. Dans la SAS le législateur français a refusé d'adopter comme principe dans la prise de décisions collectives l'égalité proportionnelle à la participation au capital (ainsi art. L227-1 al. 3, ne reprenant pas l'art. L225-122), en reconnaissant ainsi la possibilité d'émission d'actions avec droits de vote multiples (L227-1 al. 3 C.com.-v. d'ailleurs supra sur la possibilité d'émission d'actions de la SAS correspondant à des apports en industrie). En droit grec, le principe d'égalité est adopté pour les sociétés de personnes – égalité de participation politique et de participation aux bénéfices et aux pertes, par tête (arithmétique) et non proportionnelle aux apports, mais de droit supplétif (ainsi expressément pour les droits financiers art. 763 AK, avec comme limite d'ordre public la prohibition des clauses léonines (764 AK), définies comme les clauses par lesquelles un associé est exclu des

---

<sup>516</sup> Sur les avantages particuliers et leur caractère d'intuitu personae v. M. Cozian-A. Viandier- F. Deboissy, nos 492 (pour les SA), 911 (pour les SAS), 1006 (pour les SARL). Pour le caractère exclusivement pécuniaire de l'avantage Ph. Reigne-Th. Delorme « La nature nécessairement pécuniaire des avantages particuliers », Bull. Joly soc. 2002, p. 1117 suiv. L'introduction d'avantages particuliers durant la vie de la société nécessite décision de l'assemblée générale extraordinaire comme modification des statuts, mais les bénéficiaires ne participent pas au vote.

<sup>517</sup> P. Le Cannu-B. Dondero, no 1399.

benefices ou est dispensé de la participation aux pertes (v. supra) ; v. aussi supra sur la possibilité sous conditions de privation statutaire d'un associé de son droit de vote pour certaines questions). Pour les EPE, le droit grec a combiné l'égalité arithmétique et proportionnelle au capital social en matière de prise de décisions dans la société (12,13 L3190/1955- v. supra) – dispositif de droit impératif, tout en adoptant un principe d'égalité proportionnelle au capital, mais de droit supplétif, en ce qui concerne les droits financiers (art. 35 L3190/1955), avec comme limite de la liberté statutaire, devrait-on accepter, la prohibition des clauses léonines (v. supra). Pour les IKE, le droit grec a introduit quant à la prise des décisions une égalité entre associés (en principe d'ordre public) proportionnelle au nombre des parts dont chacun dispose, ces parts pouvant exprimer des apports non seulement en capital, mais aussi en « quasi-capital » (v. supra), le principe d'égalité proportionnelle à la participation au capital étant ainsi évincé (art. 72 par. 1 L4072/2012) ; la loi reconnaît toutefois aux statuts la possibilité d'imposer un plafond aux droits de vote dont chaque actionnaire dispose, comme c'est le cas avec la SA française, une restriction qui doit pourtant être spécifiée pour certains sujets. Pour la participation aux bénéfices, la loi grecque reprend le principe de l'égalité des associés de l'IKE selon le nombre de parts dont chacun dispose, mais il s'agit largement de droit supplétif ; les statuts peuvent ainsi prévoir autrement, même exclure un associé des bénéfices (v. supra -innovation importante et discutable, éloignant en tout cas le droit grec du droit français des sociétés avec son adoption d'un principe de portée générale d'exclusion des clauses léonines), toutes ces dérogations statutaires au dispositif légal ayant toutefois une durée maximum de dix ans (art. 100 L4072/2012). Pour les AE, le droit grec prévoit dans l'art. 30 par. 1 L2190/1920 un principe d'égalité proportionnelle des droits découlant de chaque action selon la valeur nominale de l'action, autrement dit une égalité proportionnelle à la participation des actionnaires au capital, sous réserve de la disposition sur les actions privilégiées (v. ci-dessous ; v. aussi supra sur la possibilité offerte par l'art. 18 par.3 aux statuts de déroger au profit d'un actionnaire à l'égalité proportionnelle quant à l'élection des administrateurs et ses limites). Ce qui reste aujourd'hui indéniablement d'ordre public dans l'art. 30 est l'égalité proportionnelle à la participation au capital des droits de vote des actionnaires titulaires d'actions donnant droit de vote. La doctrine grecque accepte que des droits particuliers, au-delà de ceux ex lege, attribués à certains actionnaires pris individuellement, sont possibles, pourvu qu'ils n'entrent pas en conflit avec une disposition ou principe d'ordre public, mais ils sont introduits soit par les statuts initiaux, soit durant la vie sociale à l'unanimité (v. toutefois ci-dessous sur les actions de préférence en droit grec)<sup>518</sup>. En tout cas, les

<sup>518</sup>

V. ainsi art. 89 AK concernant les associations, mais étant réputé analogiquement

déroghations au principe d'égalité, même statutaires, ne peuvent aller jusqu' à la privation d'un actionnaire de toute participation aux bénéfices (v. supra sur la participation aux bénéfices comme droit essentiel et d'ordre public de l'actionnaire des AE à but lucratif), la loi prévoyant une exception seulement dans le cas particulier des actions à taux d'intérêt (v. supra –art. 3 par. 2 L2190/1920). Pour le reste, le droit grec connaît les parts de fondateurs donnant droit à une part des bénéfices (15 L2190/1920 – supprimées ex post en droit français depuis 1966) mais aussi et surtout les actions privilégiées ou de préférence (3 §1-6 L2190/1920), comme d'ailleurs le droit français, ce dernier inspiré en la matière des preferred shares du droit américain<sup>519</sup>. Ce sont exactement ces dernières qui mettent plus que toute autre évolution en épreuve le principe d'égalité dans les deux droits, l'égalité étant sacrifiée dans une large mesure dans le but de faciliter le financement des sociétés. L'introduction d'actions de préférence sans droit de vote constitue par ailleurs une dérogation importante à la conception traditionnelle française de la société et à l'ordre public sociétaire français de la société-contrat, l'affectio societatis – élément essentiel du contrat de société selon la doctrine française – ayant comme aspect capital la participation de chaque associé à la prise des décisions dans la société (v. toutefois supra sur les prérogatives politiques que maintient l'actionnaire dépourvu de droit de vote)<sup>520</sup>. Les actions privilégiées ou de préférence, avec ou même sans droit de vote, ont été libéralisées dans les deux droits par les réformes de 2004 (droit français) et 2007 (droit grec), mais des différences entre eux demeurent concernant l'encadrement d'ordre public de ces actions : les actions de préférence du droit français peuvent ainsi incorporer des "privilèges négatifs", possibilité qui n'existe pas en droit grec, et d'autre part le droit français reconnaît les actions de préférence offrant des privilèges politiques, possibilité qui n'existe pas non plus en droit grec; le droit français impose en plus un plafond d'ordre public de pourcentage sur le capital social pour les actions de préférence sans droit de vote (L228-11 al. 3), un dispositif que le droit grec ne reprend pas<sup>521</sup>. L'émission d'actions sans droit de vote est très favorable pour

---

applicable aux AE à cause de leur caractère « corporatif ». V. N. Rokas, op.cit., p. 358. Ce serait ainsi impossible en droit grec comme contraire à l'art. 30 d'introduire par clause statutaire un droit de vote double pour certaines actions ou actionnaires, mais possible l'introduction par les statuts ou à l'unanimité d'un droit d'un actionnaire d'utiliser les installations sociales ou d'avoir un droit d'information supplémentaire. L'unanimité est aussi exigée pour l'introduction du privilège de l'art. 18 par. 3 permettant à un actionnaire de nommer un nombre des membres- jusqu' au tiers- du conseil d'administration.

<sup>519</sup> P. Le Cannu- B. Dondero, op. cit., no 1132.

<sup>520</sup> Sur la relation entre actions sans droit de vote et affectio societatis v. Y.Guyon-N.Reboul « Affectio societatis », J.-Cl. sociétés, n°83.

<sup>521</sup> Sur les actions de préférence en droit français, v. V. Magnier "A qui profite la préférence ?", D 2004. Chr. 2259, A. Viandier "Les actions de préférence" JCP E 2004, p. 1258, P.

---

Le Cannu-B. Dondero, nos 1132 suiv. Sur le régime antérieur à la réforme de 2004 v. P. Didier, t. 2, p. 313. Sur les privilèges que peuvent offrir aujourd'hui ces actions v. M. Germain-V. Magnier no 1545, M. Cozian-A. Viandier-F. Deboissy, n° 946. Le plafond pour les actions de préférence sans droit de vote est la moitié du capital pour les sociétés non cotées, le quart pour celles cotées. Les actions de préférence peuvent être introduites soit par les statuts initiaux, soit par décision de principe de l'assemblée générale extraordinaire (qui peut décider leur conversion en actions ordinaires, sous réserve toutefois de l'approbation de l'assemblée spéciale des titulaires de ces actions selon l'art. L225-99 C.com.) et leur introduction nécessite le respect de la procédure d'évaluation des avantages particuliers, si elles sont réservées à des personnes dénommées. Les actions de préférence doivent en tout cas respecter l'ordre public sociétaire français et ne pas être constitutives de clauses léonines- ainsi M. Germain-V. Magnier, op. cit., no 1545 ; plus débattue est la question des limites de compatibilité avec l'ordre public sociétaire des droits politiques éventuellement offerts par de telles actions, par exemple de la compatibilité avec l'ordre public sociétaire d'un droit de veto aux décisions des organes sociaux éventuellement attribué par celles-ci (pour cette possibilité M. Cozian-A. Viandier-F. Deboissy, no 946, contra M. Germain-V. Magnier, *ibid*) ; on pourrait aussi avoir des doutes sur la licéité l'attribution par de telles actions d'un droit éventuel de représentation aux organes de direction au profit du titulaire, comme empiétant aux prerogatives ex lege de l'assemblée (pour une telle possibilité toutefois M. Cozian-A. Viandier -F. Deboissy, *ibid*). Les actions de préférence peuvent aussi aujourd'hui offrir des « privilèges » négatifs, p. ex. prévoir la privation du droit de vote sans contrepartie financière ou la participation diminuée aux bénéfices ou être privées du droit préférentiel de souscription en cas d'augmentation de capital- v. M. Cozian-A. Viandier-F. Deboissy no 947, M. Germain-V. Magnier, *ibid*. Sur la possibilité d'émission d'actions sans droit préférentiel de souscription offertes au public ou avec offre de l'art. L411-2 C.mon. fin. v. art. L225-136 C.com et sur l'exclusion de principe –mais de droit supplétif- de ce droit pour les actions cumulant la privation du droit de vote et la participation réduite aux résultats v. L228-11 al.5 C.com.. Pour le droit grec v. G. Sotiropoulos in "Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis, 2<sup>e</sup> édition), t. 1, p. 381 suiv., E. Perakis "Le nouveau droit ...", p. 33, V. Antonopoulos p. 315 suiv., N. Rokas p. 393 suiv. La loi grecque dans sa rédaction après 2007 fait une énumération des privilèges que ces actions peuvent offrir (art. 3 par. 1, 2) : droit partiel ou total à un dividende prioritaire selon les prévisions des statuts sur les bénéfices distribués, même en plus au titre d'exercices passés sans distribution (dividende cumulatif), droit à un remboursement prioritaire du capital en cas de liquidation, même des sommes libérées au dessus du pair, droit à un dividende fixe (étant entendu pourvu que l'exercice présente des bénéfices), droit à participation privilégiée dans une part des bénéfices, participation prioritaire aux bénéfices d'une branche de l'entreprise sociétaire, même droit à un taux d'intérêt, avec toutefois possibilité statutaire d'exclusion de la participation de ces actions aux bénéfices pour une période donnée (v. supra). Mais le droit grec prévoit aujourd'hui que cette énumération est indicative- il s'agit toutefois toujours impérativement de privilèges exclusivement pécuniaires. L'art. 3 par.2 prévoit d'ailleurs expressément que les privilèges offerts trouvent leur limite au dispositif de protection du capital social. L'introduction d'actions sans droit de vote dépourvues de la contrepartie de privilèges financières ne semble pas possible en droit grec, comme d'ailleurs plus généralement l'émission d'actions avec « privilège » négatif, à la différence du droit français. L'introduction d'actions de préférence peut se faire en droit grec soit au moment de la création de la société par les statuts soit postérieurement, sur le fondement des statuts initiaux ou des statuts modifiés, selon l'opinion dominante par décision de l'assemblée ordinaire, à défaut de prévision légale expresse imposant l'intervention de l'assemblée statutaire (v. supra sur ces distinctions et les différences avec le droit français) – v. V. Antonopoulos, p. 315, G. Sotiropoulos, op.cit, p.393. En tout cas, l'émission de telles actions dans le cadre d'une augmentation du capital doit respecter l'impératif de cette dernière, notamment avec la compétence de principe de l'assemblée statutaire (v. toutefois supra sur les exceptions permises par la loi et G. Sotiropoulos, op.cit., p.394 sur la possibilité dans le cadre de ces exceptions d'émission d'actions privilégiées sur fondement de prévision statutaire expresse par le conseil d'administration ou l'assemblée ordinaire, possibilité inexistante en droit français). Leur introduction avec transformation d'actions existantes est réputée possible selon l'opinion dominante, en plus avec modification des statuts par décision de l'assemblée ordinaire, mais elle doit respecter le principe de l'égal traitement entre actionnaires (v. sur le débat G. Sotiropoulos, p. 394 suiv., d'autres auteurs ayant soutenu l'impossibilité d'une telle transformation, la transformation seulement à l'unanimité ou la possibilité d'une telle transformation avec décision de l'assemblée statutaire, et infra dans notre étude sur l'égal traitement). La

les dirigeants sociaux, qui peuvent obtenir un financement de la société sans bouleversement des équilibres politiques dans celle-ci, en faisant en plus l'économie de montages plus compliqués. Le principe d'égalité entre associés se trouve ainsi en recul certain, et son caractère d'ordre public – notamment dans les relations entre actionnaires – est contesté<sup>522</sup>. Le principe d'égalité a été mis d'ailleurs depuis longtemps en épreuve dans les sociétés par actions par la réalité de la division des actionnaires en actionnaires contrôlares et actionnaires bailleurs de fonds, les premiers concentrant entre leurs mains le pouvoir dans la société. Toutefois, comme nous avons souligné ci-dessus, le principe d'égalité maintient une valeur certaine comme caractéristique essentielle de la société, en excluant des situations de subordination ou du moins en posant certaines limites aux détenteurs du pouvoir dans la société, en prohibant notamment l'appropriation de cette dernière par les premiers au détriment des autres associés (v. infra sur la relation entre violations de l'égalité et abus de droit). Il est d'ailleurs toujours certain que les deux droits imposent une égalité absolue- par tête- pour certaines prérogatives importants du droit des sociétés (notamment le noyau du droit d'information et le droit de participer aux assemblées). L'égal traitement des associés durant le fonctionnement de la société est en plus expressément et impérativement consacré dans certains cas par la loi aussi bien française que grecque (ainsi L225-204 C.com. pour les réductions du capital, L823-11 C.com. sur le contrôle du respect de l'égalité entre associés comme mission des commissaires aux comptes, art. 16 §1 L2190/1920 pour le rachat par la société anonyme de ses propres actions- ainsi d' ailleurs la 2e directive communautaire). L'égal traitement des associés durant le fonctionnement social –aujourd'hui expressément adoptée par le par. 2 de l'art. 30 L2190/1920 pour les actionnaires se trouvant dans la même situation- constitue en droit grec plus généralement une limite importante au pouvoir majoritaire, un principe pouvant toutefois être infléchi pour des cas particuliers, sous condition soit que le traitement inégal est justifié par l'intérêt social et les situations différentes des associés, soit que l'associé souffrant de la dérogation y consent ; mais la dérogation en cause doit en plus ne

---

transformation d'actions ordinaires en actions sans droit de vote nécessite d'ailleurs toujours le consentement de leur titulaire. Les actions privilégiées peuvent être émises comme convertibles en actions ordinaires soit obligatoirement selon les prévisions des statuts soit sur demande de l'actionnaire. Pour les actions privilégiées n'étant pas émises comme convertibles, la suppression ou restriction du privilège nécessite en droit grec décision de l'assemblée des actionnaires ordinaires avec quorum et majorité de l'assemblée statutaire et en plus décision de l'assemblée spéciale des détenteurs des actions privilégiées aux mêmes quorums et majorité renforcés-v. art.3 par. 3, 5 L2190/1929, V. Antonopoulos, op. cit., p. 317, 318.

<sup>522</sup> Ainsi E. Perakis, "Les aménagements ...", p. 17.

pas entrer en conflit avec des dispositions spéciales d'ordre public ou avec les bonnes moeurs<sup>523</sup>.

### **Position juridique de l'associé, ordre public sociétaire et montages**

De la comparaison précédente sur l'impératif de la position juridique de l'associé résultent entre le droit français et le droit grec des similitudes importantes (reconnaissance impérative des droits propres des associés en « contrepartie » d'obligations elles aussi impératives, avec comme évolution plus importante de dérogation à ces droits propres la possibilité d'émission d'actions sans droit de vote) mais aussi des différences assez importantes (modalités différentes de protection du droit de l'associé de ne pas se voir obligé d'augmenter son apport, compréhension différente du principe d'égalité dans plusieurs formes sociales, des régimes et modalités différents de sortie par cession de parts sociales, des régimes différents de sortie et d'exclusion des associés et de protection de la valeur de la participation de l'associé sortant, protection traditionnelle impérative en droit grec d'un droit au premier dividende, moindre rôle en droit grec qu'en droit français de la prohibition des clauses léonines, avec même possibilité dans la nouvelle forme sociale de l'IKE d'exclure un associé des bénéficiaires pour une durée ne dépassant pas les 10 ans, étendue possible plus grande des privilèges que les actions de préférence du droit français peuvent offrir –des privilèges positifs mais aussi des « privilèges » négatifs- par rapport à celles du droit grec). La dimension d'ordre public de la position juridique de l'associé est bien sûr particulièrement influencée par le développement du phénomène des montages sociétaires. Dans leur effort de créer des situations individualisées, « sur mesure », les associés entre eux et les associés avec des tiers ont recours à de différentes combinaisons juridiques concernant la position juridique des associés et leurs droits propres, soit par le biais de clauses statutaires, soit par le biais de pactes extrastatutaires entre associés ou entre associés et tiers avec effet relatif. Ces combinaisons peuvent par exemple constituer des efforts de restreindre ou faciliter la circulation des droits sociaux davantage que ce que la loi expressément prévoit pour chaque type social, d'augmenter les obligations des

---

<sup>523</sup> V. K. Pamboukis, «Le principe d'égal traitement ...», p. 891, N. Rokas, op.cit, p.359. Pour les sociétés de personnes du droit grec v. V. Antonopoulos « Droit des sociétés de personnes », p. 125 suiv., M.-Th. Marinos, op. cit., n<sup>o</sup> 20. Ainsi p. ex., en cas de transformation d'actions communes en actions privilégiées, la transformation doit porter sur l'ensemble des actions, sauf s'il y a des raisons particulières pour favoriser certains d'eux, qui p. ex. ont soutenu financièrement la société-N. Rokas, p.393. et en cas de remboursement de la valeur de nombre des actions avec leur transformation en actions de jouissance, la possibilité de remboursement doit être offerte à tous les actionnaires-V. Antonopoulos « Droit des AE et EPE », p. 319.

associés ou, à sens inverse, de restreindre les obligations des associés typiques à la forme sociale choisie, d'introduire des traitements différenciés ou conditionnels des associés, de soumettre avec effet relatif le droit de vote d'un associé à la volonté d'un ou plusieurs autres, de restreindre par le biais de pactes extra-statutaires le droit de l'associé de sortir de la société en vendant ses droits sociaux, des efforts de dissocier les droits politiques et ceux pécuniaires découlant de la participation dans le capital de la société ou de se garantir contre les aléas de la vie sociale ou contourner les obligations d'agrément, des efforts de dissocier la participation au pouvoir et celle au capital social ou plus généralement de créer des positions d'associés atypiques par rapport à celles prévues par la loi. Sur plusieurs de ces points, la réalité des montages sociétaires a fait évoluer les conceptions sur le contenu de l'ordre public sociétaire et les limites de l'autonomie privée en matière des sociétés : par exemple, les clauses statutaires de restrictions de la libre négociabilité des actions ont été une création de la pratique par la suite reconnue et réglementée par la loi ; plus récemment, la libéralisation des actions de préférence en droit français semble être dans une large mesure le produit de la pression exercée par les professionnels participant aux montages de capital-risque, ces actions étant vues par beaucoup non seulement comme un concurrent de la SAS mais aussi comme moyen de résorption des pactes d'actionnaires – mais en fait la réalité a démenti les espérances excessives en la matière<sup>524</sup>. Par contre, sur d'autres points l'ordre public continue de résister aux montages en cause (v. infra, Partie II ). On peut remarquer que, dans le cadre de montages instrumentalisant des sociétés au profit d'une personne (phénomène très répandu de nos jours), les dispositifs impératifs des deux droits concernant la position juridique dans la société et la protection de ses droits propres, destinés à des sociétés fonctionnant comme communautés de risques et de résultats, sont vidés de leur sens. Mais d'autre part certains montages français de démembrement de la propriété sur les droits sociaux ont posé avec acuité le problème de qui des participants a la qualité d'associé et quels sont les droits irréductibles d'ordre public de chacun d'eux, notamment pour ce qui concerne la participation aux décisions collectives. En France aussi des problèmes importants ont surgi pour ce qui concerne la relation de certains pactes extrastatutaires avec la prohibition des clauses exonérant un associé totalement des pertes

---

<sup>524</sup> V. sur le rôle du capital- risque dans la libéralisation des actions de préférence M. Germain-V. Magnier, op.cit., no 1545. Sur les actions de préférence comme un moyen de "flexi-sécurité" dans les SA, SE, SCA, dans certains points préférable au régime des SAS et la relation de concurrence avec les pactes d'actionnaires v. P. Le Cannu- B. Dondero, no 1132 ; sur les actions de préférence comme devant en théorie sonner le glas des pactes entre actionnaires v. R. Kaddouch « LBO : actions de préférence ou pactes d'actionnaires ? », JCP E 2006, no 1953 ; mais les auteurs mentionnés supra contestent qu'en fait la réalité reste bien en deçà des attentes initiales, notamment dans les sociétés cotées qui n'ont guère recours à ces actions.



de la société. Particulièrement difficile est d'ailleurs le problème des renonciations de la part des associés à certains aspects de leurs droits propres dans le cadre de montages sociétaires, ainsi que les limites dans lesquelles l'ordre public sociétaire peut éventuellement accepter de telles renonciations. Difficile est ainsi la question de la délimitation des droits propres irréductibles de l'associé posée dans le cadre de différents montages contenant p.ex. des cessions massives du droit d'un associé sur les dividendes futurs de la société qu'on a rencontrés en Grèce. Les droits propres de l'associé rencontrent plus généralement la tendance de contractualisation du droit des sociétés, au sens du renouveau de la liberté statutaire mais surtout de celui du développement des conventions extrastatutaires. Comme en matière d'organisation du pouvoir, des difficultés existent pour ce qui concerne la délimitation entre ordre public et liberté statutaire ; pourtant, encore plus difficile est la question des limites d'ordre public des restrictions aux droits propres des associés mises en place non pas par le biais d'actes juridiques du droit des sociétés, mais par le biais de conventions extrastatutaires entre associés ou entre associés et tiers, question qui aboutit finalement à la problématique des relations du droit des sociétés et de son ordre public avec le droit des contrats. Se pose par conséquent plus généralement pour chacun des deux droit sous comparaison – celui français et celui grec – le problème de la portée et des limites actuelles de l'ordre public sociétaire concernant la position juridique de l'associé face à ces constructions d'origine privée, problème important pour la compréhension de l'ordre public sociétaire lui-même.

#### **D. La dissolution et les restructurations des sociétés et leur impératif**

##### **Généralités**

Malgré leur potentiel d'action et de longévité très grand (du moins pour les types de sociétés destinées à être des structures juridiques de grandes entreprises), les sociétés ne peuvent pas prétendre à l'immortalité. Le régime de leur disparition concerne profondément le droit, à cause de la multiplicité des intérêts que les sociétés impliquent comme formes juridiques d'organisation des entreprises, l'intervention du droit revêtant souvent le caractère impératif. D'autre part, le régime de la disparition des sociétés est bien sûr critique pour l'environnement juridique des montages sociétaires dans les deux pays.

##### **La dissolution des sociétés en droit français et son impératif**

Comme c'est sa tendance générale, le droit français tend à organiser un système unitaire de disparition pour toute forme sociale, système largement de droit impératif, en prévoyant des causes de dissolution de droit commun pour toute société dans l'article 1844-7 C.civ<sup>525</sup>. Dans certains cas, la dissolution joue de plein droit (expiration du temps pour lequel la société a été constituée, réalisation ou extinction de l'objet social), elle peut en tout cas se faire par la volonté des associés (dissolution anticipée décidée par les associés avec les conditions exigées dans chaque forme sociale pour les modifications des statuts), tandis que dans d'autres cas la dissolution est obligatoirement prononcée en justice ou suit nécessairement une décision judiciaire (annulation de la société –v. infra-, dissolution pour juste motif, dissolution à la demande de tout intéressé à la suite de la concentration des actions ou parts sociales pour une forme sociale non reconnue comme unipersonnelle entre les mains d'un associé et non régularisée selon les prévisions de la loi – 1844-5 C. civ., prononciation de la liquidation judiciaire de la société). Assez libéralement, le droit français prévoit l'introduction libre de clauses statutaires avec des causes de dissolution supplémentaires – mais le coût fiscal de la dissolution rend plutôt théorique cette introduction pour les sociétés de capitaux (c'est d'ailleurs le cas aussi pour la dissolution de ces sociétés décidée par les associés)<sup>526</sup>. L'article 1844-7 est largement d'ordre public (il ne peut pas être écarté par la volonté privée) ; toutefois, certains des cas de dissolution prévus par lui sont à la disposition des associés, qui peuvent bien sûr ne pas décider la dissolution de la société ou proroger la vie de la société pour une durée déterminée avant expiration du terme, à l'unanimité ou selon les conditions exigées pour les modifications statutaires si les statuts le prévoient (art. 1844-6 C. civ), ou même tacitement après expiration, selon la jurisprudence. Les statuts peuvent aussi avoir défini largement l'objet social pour ne pas mettre en danger la société à la suite de la réalisation de cet objet. Mais les associés ne peuvent pas surtout écarter la possibilité de dissolution de la société pour juste motif – selon la loi notamment pour inexécution des engagements d'un associé et pour mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société – prononcée en justice sur demande de tout associé. Le droit de demander la dissolution de la société pour juste motif est ainsi un droit individuel de l'associé d'ordre public sociétaire. Pourtant, la jurisprudence est très exigeante quant à la réunion de la condition de la paralysie résultante de la mésentente, dans le souci de ne pas mettre en danger la stabilité des sociétés et des entreprises que les

---

<sup>525</sup> V. "Dissolution" in Répertoire sociétés Dalloz, par Amiel Cosme. Pour une approche du régime de la dissolution de la société en droit français du point de vue de la notion fondamentale pour l'ordre public sociétaire français d'affectio societatis v. Y.Guyon-N.Reboul « Affectio societatis » J.Cl. Sociétés n°90 suiv.

<sup>526</sup> V. M. Cozian - A.Viandier - Fl. Deboissy, n° 435, parlant de "suicide fiscal".

sociétés expriment juridiquement<sup>527</sup>. Il est à noter que la non poursuite ou l'abandon de l'objet social ne sont pas pour le droit français des causes de dissolution des sociétés – de sorte que le droit français tolère les sociétés en sommeil, phénomène non sans relation avec les montages sociétaires (v. infra, Partie II)<sup>528</sup>. A côté de ces dispositions de portée générale, le droit français prévoit des causes spéciales de dissolution, pour les types particuliers des sociétés<sup>529</sup>. Nous nous bornons à relever que les sociétés commerciales de personnes sont ainsi dissoutes de plein droit en cas de survenance de certains événements bouleversant la situation personnelle d'un de leurs associés, comme conséquence de l'intuitus personae de ces formes sociales (mort, jugement définitif prononçant la liquidation judiciaire ou la cession totale d'actif ou l'interdiction commerciale ou l'incapacité de l'associé) ; il s'agit toutefois de solutions largement de droit supplétif, la continuation de la société avec les autres associés ou avec l'héritier de l'associé défunt étant possible sur fondement de clause statutaire (ou avec décision unanime des autres associés dans les cas autres que de mort d'un associé- L221-15, L 221-16 C.com.). Est toutefois exclue la possibilité de continuation avec maintien dans la société de l'associé devenu incapable, interdit ou mis en liquidation judiciaire ou cession totale de son actif. En plus, en cas de continuation avec un héritier mineur non émancipé, le droit français impose aux associés de choisir soit le "montage légal" de transformation de la société en commandite dans un délai d'un an avec le mineur comme commanditaire, soit la dissolution de la société (L 221-15 al.7 C.com.)<sup>530</sup>. Pour les sociétés de capitaux, le droit français prévoit impérativement la possibilité de dissolution judiciaire à la demande de tout intéressé, si les capitaux propres tombent particulièrement bas par rapport au capital social (au-dessous de la moitié) et la société ne prend pas de mesures de régularisation de la situation dans les délais prévus par

---

<sup>527</sup> V. p. ex. C.cass. Ch.com. 21 oct. 1997, Rev. soc. 1998, p. 310, note H. Matsopoulou, du même auteur "La dissolution pour mésentente entre associés", Rev. soc. 1998, p. 21.

<sup>528</sup> P. Diener "Un abus de personnalité morale: la société en sommeil" in "Dix ans de droit de l'entreprise" Litec 1978, M. Cozian - A.Viandier - Fl. Deboissy, n° 448.

<sup>529</sup> V. pour une liste détaillée de ces causes spéciales de dissolution M.Coizian-A.Viandier-Fl.Deboissy, no 442.

<sup>530</sup> Le mineur non émancipé devenu associé participe en plus à la société impérativement avec responsabilité pour les dettes sociales seulement à concurrence de la succession. Pour d'autres causes de dissolution des sociétés de personnes - et notamment la révocation du gérant statutaire associé de la SNC, ainsi que les possibilités de continuation de la société et les différentes clauses statutaires possibles (continuation avec certains des héritiers, agrément de l'héritier par les associés) v. Ph. Merle, n° 160. A la différence du régime des sociétés commerciales de personnes, pour les sociétés civiles le droit français prévoit que les événements mentionnés ci-dessus sont causes de dissolution seulement si les statuts le prévoient (art. 1860, 1870 C. civ.). En tout cas de continuation de la société seulement avec certains des associés initiaux, il y a impérativement application de l'art.1843-4 C.civ. (v. supra) visant à la protection des intérêts patrimoniaux de l'associé exclu ou de l'héritier auquel l'entrée à la société n' a pas été permise (ce dernier a pour le reste seulement la qualité de créancier de la société pour la valeur de sa participation, ne participant pas par exemple aux bénéfices après le décès de l'associé).

la loi (reconstitution des capitaux propres jusqu'à une valeur au moins égale à celle du capital social ou réduction du capital), parce que dans un tel cas les intérêts des créanciers et la confiance économique sont mis en danger (L223-12 al. 4, L 225-248 al. 4 C. com.)<sup>531</sup>. La réduction du capital en dessous du minimum légale est aussi une cause d'ordre public de dissolution en justice (sauf régularisation) pour toute société par actions (L224-2 al. 2 C.com.).

### **La dissolution des sociétés en droit grec et son impératif**

Le droit grec ne prévoit pas un dispositif impératif de droit commun pour la dissolution de toute société, à la différence du droit français. Toutes les sociétés de personnes étaient soumises pour le droit grec -comme en droit français les SNC- aux aléas de la situation personnelle de leurs associés (mort, faillite, mise en tutelle par décision judiciaire), qui emportent selon l'AK dissolution de la société ; mais cette solution était - de nouveau comme en droit français- largement de droit supplétif. Selon l'AK, la société peut sur fondement de prévision statutaire ou accord ex post être continuée avec seulement les autres associés ou avec les associés survivants et les héritiers, même mineurs. Est toutefois exclue selon l'AK - comme en droit français- la clause de continuation de la société avec l'associé failli ou mis en tutelle (art. 773-775 AK)<sup>532</sup>. Mais la réforme de 2012 du droit grec des sociétés commerciales de personnes a supprimé le caractère de ces solutions comme droit commun pour ces sociétés, en diminuant d'ailleurs la ressemblance avec le droit français en la matière, la mort, mise en tutelle judiciaire ou faillite d'un associé d'une société de personnes personnifiée étant désormais cause seulement d'exclusion de l'associé (de ses héritiers en cas de mort), dispositif qui est de droit supplétif, les statuts pouvant aussi bien prévoir des conséquences différentes pour la survenance de ces événements que d'autres causes de sortie (art. 260 L4072/2012 –disposition sur les sociétés en nom mais applicable aussi aux autres sociétés de personnes personnifiées –v. art. 270-271 de la même loi). En cas de continuation avec les héritiers d'un associé en nom –mineurs ou non -, ces derniers ont le droit de demander la transformation de la société en

---

<sup>531</sup> Diminution à la suite de pertes des capitaux propres de la société au-dessous de la moitié du capital social, si l'assemblée ne décide pas dans le délai prévu par la loi soit la dissolution de la société soit la réduction du capital social en conformité au moins avec la réduction des capitaux propres soit la reconstitution des capitaux propres à la hauteur au moins de la moitié du capital social. Dans ce cas, tout intéressé peut demander en justice la dissolution de la société.

<sup>532</sup> L'associé mineur est bien sur représenté par son représentant légal, acquiert la succession avec bénéfice d'inventaire –il est ainsi tenu comme en droit français pour les dettes sociales seulement avec l'actif de la succession- et ne devient pas commerçant. Sur les causes de dissolution des sociétés de personnes et les clauses statutaires possibles de continuation avec les héritiers v. V. Antonopoulos, op. cit., p. 257, N. Rokas, p. 101 suiv.

commandite, avec eux comme commanditaires, en ayant un droit de sortie en cas de refus –art. 265 L4072/2012, un droit de sortie qu'on doit réputer d'ordre public, au sens que les statuts ne peuvent pas l'exclure (mais la renonciation du titulaire une fois le droit né doit être réputée possible). Il est aussi à noter que selon l'art. 281 de la même loi, en cas de sortie, mort ou exclusion du commandité unique, la société en commandite est dissoute, sauf régularisation avec transformation de la participation d'un commanditaire en celle de commandité ou entrée d'un nouveau commandité dans un délai de deux mois. A défaut de l'existence en droit grec d'une disposition impérative similaire à celle de l'art. 1843-3 C.civ., la doctrine et la jurisprudence assimilent traditionnellement l'exclusion d'un associé de société de personnes à la suite de sa faillite ou sa mise sous tutelle judiciaire à une dissolution partielle de la société avec application analogique des dispositions sur la liquidation (v. infra sur les conséquences), tandis que les héritiers n'ayant pas vocation à participer à la société qui va être continuée ont une créance pour la valeur de la participation sociale de l'associé défunt sur les autres associés – leur dette étant solidaire dans les sociétés en nom -, une créance sur le fondement de la succession et non sur celui du pacte social<sup>533</sup>. Le droit grec reconnaît traditionnellement les sociétés de personnes même personnifiées à durée indéterminée (v. supra et art. 251, 252 L4072/2012 n'exigeant pas la fixation d'une durée de la société en nom), différence importante avec le droit français (sauf pour la société en participation, qui peut être à durée indéterminée- art. 1872-2 C. civ.) et tout associé a selon l'AK un droit réputé dans son principe d'ordre public sociétaire de mettre à tout moment fin par acte unilatéral (résiliation – kataggelia) à ces sociétés (comp. avec le principe de prohibition des engagements perpétuels du droit français), sous réserve d'engagement de sa responsabilité à l'égard des autres associés en cas de résiliation intempestive sans cause grave (767 AK)<sup>534</sup>. Ce qui est en plus d'ordre public pour les sociétés de personnes à durée déterminée est selon l'AK le droit de tout associé de résilier par acte unilatéral la société pour cause grave, même indépendamment de la faute d'un coassocié, pourvu que la continuation de la société devienne pour lui insupportable selon la bonne foi (766 AK) – un droit que les statuts ne peuvent supprimer ou même restreindre. Ces solutions de dissolution de sociétés de personnes avec personnalité morale par acte unilatéral d'un associé, sans intervention de décision judiciaire, étaient réputées fondées sur le caractère intuitu personae des sociétés de personnes, mais elles

---

<sup>533</sup> V. V. Antonopoulos, op. cit., p. 253, 258-260.

<sup>534</sup> V. V. Antonopoulos, op. cit., p. 237 suiv.. Est seulement possible selon la loi de convenir dans les statuts un délai après l'écoulement duquel la résiliation produit ses effets. Par contre, n'est pas possible une clause statutaire prévoyant droit de résiliation de la société à durée indéterminée seulement pour cause grave ou introduction de clause pénale en cas de résiliation.

sont étrangères aux conceptions du droit français sur la dissolution des sociétés et ont été inspirées par le droit allemand<sup>535</sup>. Il en résultait en plus de ces possibilités de dissolution par acte unilatéral que les sociétés de personnes du droit grec étaient plus fragiles que celles françaises – d’autant plus que même la résiliation sans cause grave produisait selon la jurisprudence ses effets et dissolvait la société à durée déterminée (avec seulement engagement de la responsabilité civile du résiliant à l’égard des autres associés pour le dommage en ayant résulté), sur le fondement de l’argument que la résiliation a brisé la relation intuitu peronae et la confiance entre associés<sup>536</sup>. Cette situation n’était pas sans impact sur les montages sociétaires possibles en droit grec (v. infra, Partie II). Il est ainsi à noter que la société de personnes grecque même personnifiée est plus fragile – du moins si elle est à durée indéterminée- que l’indivision – cette dernière étant dissoute (sauf accord unanime des indivisaires) seulement en justice, une différence qui peut rendre importante dans certains cas la qualification d’un rapport juridique comme société ou indivision<sup>537</sup>. Pourtant, la réforme de 2012 a innové ici aussi et a supprimé essentiellement le caractère des art. 766-767 AK comme droit commun des sociétés de personnes, en prévoyant que les sociétés de personnes personnifiées sont dissoutes (en dehors des cas d’expiration de leur durée, de décision des associés ou de faillite-v. infra) par décision judiciaire à la demande d’un associé, s’il y a cause grave (art. 259 L4072/2012, disposition sur les sociétés en nom applicable aux autres sociétés de personnes personnifiées) ; ce dispositif ressemble à celui français de dissolution pour juste motif et il est d’ordre public comme un minimum de protection de l’associé, les associés ne pouvant ni le supprimer ni le restreindre –ils peuvent pourtant convenir que l’exercice de la demande de dissolution équivaut à une sortie de l’associé, la société étant continuée avec les autres. De la sorte, les droits de résiliation unilatérale ex lege et d’ordre public ont été supprimés pour ces formes sociales. Pour les sociétés de personnes personnifiées à durée indéterminée, la protection de la liberté de l’associé est désormais confiée à son droit de sortir de la société à tout moment introduit par la réforme de 2012 (art. 261 L4072/2012 -v. supra)<sup>538</sup>. Mais la liberté contractuelle peut

---

<sup>535</sup> Sur ce droit de résiliation par acte unilatéral et les limites de la liberté contractuelle v. V. Antonopoulos p. 233 suiv., N. Rokas, p. 108 suiv. Sur le droit allemand en la matière v. M. Fromont « Droit allemand des affaires », p.211.

<sup>536</sup> Areios Pagos 536/2002, DEE 2003, p. 170, note G. Michalopoulos et plus généralement sur cet aspect V. Antonopoulos, op. cit., p. 241 suiv.

<sup>537</sup> V. p. ex. le contentieux ayant abouti à Mon Prot. (TI) Athènes 14105/1997, EEmpD 1998, p. 69, ainsi que la consultation du Pr. M. Stathopoulos pour cette affaire.

<sup>538</sup> V. sur la dissolution des sociétés de personnes personnifiées et le droit de sortie comme résiliation de la participation dans la société N. Rokas, éd. 2012, p. 149-151, 155-156. Selon la lettre de l’art. 261, le dispositif sur le droit de sortie est de droit supplétif ; on devrait pourtant considérer que le droit de tout associé de sortie sans cause grave est d’ordre public pour les sociétés de personnes

toujours ajouter d'autres causes de dissolution des sociétés de personnes grecques, comme en droit français, la liste de la loi n'étant pas limitative, et de la sorte les statuts peuvent prévoir des droits de résiliation par acte unilatéral<sup>539</sup>. En ce qui concerne les EPE, le droit grec prévoit un droit d'ordre public sociétaire de la minorité du dixième au moins du capital social de demander en justice la dissolution de la société pour cause grave –il s'agit par conséquent de droit de la minorité et non d'un droit individuel de l'associé, comme c'est le cas en droit français –, ainsi que, comme en droit français, un droit aussi d'ordre public de toute personne intéressée de demander en justice la dissolution de la société, si les capitaux propres chutent au-dessous de la moitié du capital social en absence de mesures de régularisation. Comme en droit français, les statuts peuvent en plus introduire librement des clauses de dissolution supplémentaires (p.ex. survenance de certains événements aux personnes des associés, acte unilatéral d'un associé – 44, 45 par.2 L3190/1955). Pour les IKE, le droit grec ne reprend pas comme causes de dissolution ex lege la chute des capitaux propres et le concours d'une cause grave pour cette dissolution, l'impact de l'ordre public étant ainsi voulu moindre en la matière ; les statuts peuvent d'ailleurs, comme dans les EPE, ajouter librement des causes de dissolution (art. 103 L4072/2012). En ce qui concerne les AE, leur droit et leur ordre public sociétaire étaient traditionnellement caractérisés par la particularité grecque du pouvoir reconnu à l'administration grecque ayant la surveillance des AE de provoquer par acte unilatéral la dissolution de la société, en révoquant son autorisation de constitution de cette dernière (v. supra), pour certains graves manquements et irrégularités par rapport à l'impératif sociétaire réputés mettre en risque l'intérêt général et limitativement énumérés dans la loi, concernant notamment la libération du minimum obligatoire du capital à la constitution et la non rédaction ou dépôt de bilans (anc. art. 48 L2190/1920). Ces causes étaient la non-libération jusqu'à la constitution de la société du capital social devant être libéré selon les statuts, l'omission du dépôt à l'administration de l'acte du conseil d'administration affirmant cette libération dans le délai légal, le non-dépôt à l'administration de bilans approuvés par l'assemblée pour trois exercices (dans ce cas il y avait pouvoir discrétionnaire de l'administration pour la révocation), la non-révocation par la société d'un administrateur à la suite de sa condamnation à emprisonnement pour un acte concernant la gestion de la société, la chute des capitaux propres au-dessous du dixième du capital social, en l'absence de mesures de

---

personnifiées à durée indéterminée, dans le but d'éviter des engagements perpétuels, avec éventuellement application analogique de l'art. 767 AK sur la responsabilité civile de l'associé résiliant la société intempestivement et sans cause grave.

<sup>539</sup> N. Rokas, op. cit., p. 101-102.

régularisation<sup>540</sup>. La réforme du droit des AE en 2007 a toutefois supprimé comme dépassé ce pouvoir unilatéral de l'administration pour toute AE, même pour celles pour lesquelles est exceptionnellement maintenu le dispositif de constitution avec autorisation administrative (v. supra), en le remplaçant par la possibilité de tout intéressé – y compris l'administration – de demander la dissolution judiciaire de la société pour les manquements ou irrégularités en cause (art. 48 L 2190/1920)<sup>541</sup>. De la sorte, le droit grec s'est rapproché partiellement en la matière de dissolution des sociétés anonymes des solutions du droit français- mais les causes spéciales d'ordre public de dissolution de ces sociétés sont toujours plus nombreuses en Grèce qu'en France, tandis que, en sens inverse, le droit grec demeure plus laxiste que celui français sur la chute des capitaux propres (au dixième du capital social pour le droit grec, à la moitié pour le droit français) comme cause de dissolution (sauf régularisation) des AE. La même réforme a introduit un droit d'ordre public sociétaire de la grande minorité des sociétés anonymes non cotées (représentant le tiers du capital social libéré) de demander en justice la dissolution de la société pour cause grave rendant impossible de manière manifeste et permanente la continuation de la société – la loi précisant à titre indicatif comme telle cause le blocage de la vie de l'AE résultant de l'existence de participations égales (48 a L 2190/1920). Cette réforme semble introduire ainsi en droit des AE non cotées un dispositif analogue à celui français de la dissolution pour juste motif, avec la différence importante qu'il s'agit dans le cas du droit grec d'un droit d'ordre public sociétaire de la grande minorité, non d'un droit individuel de l'associé, comme en droit français (v. en plus supra sur la possibilité de rachat des actions du demandeur imposé par le tribunal à la demande d'autres actionnaires). La nouvelle rédaction de la loi

---

<sup>540</sup> Sur ce dispositif de révocation v. N. Rokas, éd. 2004, p. 341, A. Karagounidis in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t.1, p 579 suiv. L'opinion dominante excluait la révocation selon les principes du droit administratif pour vices des statuts approuvés même constituant des causes de nullité mais aussi la possibilité d'un recours en excès de pouvoir contre une autorisation des statuts contraire à la loi, en considérant le dispositif de nullité des AE (v. infra) comme exclusif pour de tels vices après la transposition de la 1<sup>e</sup> directive. L'administration pouvait toutefois exiger de la société sa régularisation, sous menace d'autres sanctions (v. infra). V. plus généralement sur la dissolution des AE Th. Skouras, commentaire des art. 47-49 L2190/1920 (dissolution et liquidation des AE), in "Droit de la société anonyme" (dir. E. Perakis), t. 7, Nomiki Vivliothiki 2005, 2<sup>e</sup> édition, p. 33

<sup>541</sup> La loi a supprimé comme cause de dissolution la non-révocation du dirigeant à la suite d'une condamnation pénale, elle a précisé que cause de dissolution est la non libération du capital devant être libéré selon la loi et les statuts et elle a ajouté comme cause de dissolution un capital social inférieur à celui minimum social (24.000 euros). Elle a aussi offert des possibilités de régularisation dans un délai octroyé par le tribunal- v. E. Perakis "Le nouveau droit ...", p. 35, N. Rokas, op. cit., p. 209 (ce dernier critique sur l'efficacité du nouveau dispositif comparée avec le régime préalable de la révocation de l'autorisation administrative en ce qui concerne la libération du minimum du capital).



prévoit aussi la possibilité de dissolution prononcée par décision de justice pour non réalisation fautive dans le temps prévu par la loi du rachat par la société non cotée des actions de son actionnaire ayant droit de sortie reconnu par décision de justice (art.49a- v. supra), disposition qui doit être réputée d'ordre public. La question de la compatibilité des clauses statutaires prévoyant des causes supplémentaires de dissolution de l'AE (résiliation par un actionnaire, événements concernant la personne d'un actionnaire) avec les principes d'ordre public du droit des AE est débattue (v. infra, Partie II)<sup>542</sup>.

Bien sûr toute société du droit grec est dissoute avec l'expiration du temps convenu par les associés (sauf prorogation -même tacite pour les sociétés de personnes, la société étant dans ce dernier cas réputée continuée comme société à durée indéterminée-769 AK) et les associés peuvent en principe décider à tout moment la dissolution de la société, ces décisions de prorogation (sauf celle tacite) et de dissolution anticipée devant être prises selon les modalités prévues pour chaque type social pour les modifications statutaires (v. supra) - à l'instar du dispositif de dissolution par décision des associés du droit français mais à la différence de l'unanimité de principe supplétive pour la prorogation de la société de ce dernier ; mais la loi permet expressément pour les EPE des dérogations statutaires pour ce qui concerne la majorité exigée pour la dissolution, dans les IKE est possible l'introduction même de l'unanimité pour ces questions et est débattue pour les AE la possibilité de clauses statutaires prohibant une dissolution par décision de l'assemblée statutaire<sup>543</sup>. Les sociétés personnifiées sont aussi impérativement dissoutes, comme en droit français, en cas de prononciation de leur faillite (v. sur les causes de dissolution les art. 47a par.1 L2190/1920, 44 3190/1955, 68, 72, 103, 259 L4072/2012). L'abandon de l'objet social n'est cause de dissolution ex lege pour aucune forme de société du droit grec, à l'instar du droit français, mais en plus les sociétés de capitaux ne sont pas ex lege dissoutes même dans le cas de réalisation ou d'impossibilité de poursuite de leur objet (à la différence des sociétés de personnes- 772 AK)<sup>544</sup>. Les sociétés de capitaux en sommeil sont ainsi généralement tolérées en droit grec même plus qu'en droit français<sup>545</sup>.

---

<sup>542</sup> V. E. Perakis « Les aménagements ... », p. 13 suiv., V. Kiantos (en grec) « Du droit de résiliation de la société anonyme par l'actionnaire », Armenopoulos 1978, 293, A. Argyriadis (consultation), EEmpD 1987, 325, Th. Liakopoulos (en grec) « Des problèmes contemporains du droit des sociétés de capitaux: entre positivisme juridique et réalisme » in « Problèmes de droit commercial », t. 4, 1997, p. 156 (not. p. 171 suiv.).

<sup>543</sup> V. sur ce dernier aspect V. Antonopoulos, p. 493-494.

<sup>544</sup> V. N. Rokas, op.cit., p. 479, 566 suiv. Mais les statuts des AE et EPE peuvent rendre la réalisation ou l'abandon de l'objet social causes de dissolution – ainsi N. Rokas, p. 570 pour l'impossibilité de poursuite de l'objet de l'EPE.

<sup>545</sup> E. Perakis « Le problème de la société inerte [en sommeil] », EEmpD 1980, p. 361.

### **La liquidation des sociétés dissoutes et son caractère impératif**

La dissolution de la société n'est pas suivie par sa disparition automatique du monde juridique. Ainsi, en droit français la dissolution de toute société –qui doit être publiée au registre des sociétés pour avoir des effets à l'égard des tiers- est impérativement suivie par l'étape de la liquidation, effectuée par un ou plusieurs liquidateurs, avec comme but la préservation de la priorité des créanciers sociaux sur l'actif social et le partage de l'actif net éventuel entre les associés (1844-8, 1844-9 C.civ.)<sup>546</sup>. La personnalité morale de la société est maintenue durant la liquidation pour les besoins de cette dernière et jusqu'à sa fin – sorte de rétrécissement impératif de la capacité de jouissance de la société et de spécialité légale particulière (1844-8 al. 3 C. civ., L237-2 C. com.)<sup>547</sup>. Pour les sociétés commerciales, la liquidation est régie par un bloc de règles impératives (L237-1 à L237-13 C.com.-liquidation amiable), un autre bloc de règles –en principe supplétif- pouvant en plus être appliqué impérativement par décision de justice (L237-14 à L237-31 C.com.-liquidation judiciaire)<sup>548</sup> ; mais ces blocs de règles imperatives ne sont pas exclusifs, les statuts pouvant introduire des stipulations supplémentaires, notamment dans le cas de la liquidation amiable (L237-1 C.com.)<sup>549</sup>. Le droit français a introduit une exception à ce principe d'ordre public de liquidation obligatoire de la société, en prévoyant qu'en cas de dissolution d'une société unipersonnelle dont l'associé unique est une personne morale, il y a impérativement transmission universelle du patrimoine de la société dissoute à son associé unique, sous réserve d'un droit d'opposition des créanciers sociaux (1844-5 al. 3-4 C.civ.). De l'autre côté de la comparaison, le droit grec ne prévoit pas une fois non plus de dispositions impératives de portée générale pour la liquidation des sociétés, à la différence

---

<sup>546</sup> Ch. Hannoun "Liquidation" in Répertoire sociétés Dalloz. Sur le caractère d'ordre public des dispositions sur la liquidation v. C. Cass. Ch. Com. 24 oct. 1989, JCP 1990 II 21453, note Y. Guyon, CA Paris 5 juillet 2002, Bull July, 247, note P. Le Cannu.

<sup>547</sup> V. P. Didier, t. 2, p. 490,491, M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy, nos 465 suiv. V. d'autre part art. L237-24 C.com. sur la possibilité pour les liquidateurs des sociétés commerciales de continuer les affaires en cours ou même de commencer de nouvelles affaires sur fondement d'autorisation des associés ou du tribunal, toujours toutefois dans le but de la réalisation de la liquidation. En plus, une société en liquidation peut fusionner ou se scinder -1844-4 C.civ..

<sup>548</sup> Sauf décision de justice à la demande de la majorité de la société en nom ou d'associés représentant cinq pour cent du capital dans les sociétés de capitaux ou des créanciers sociaux, ces dernières règles sont de droit supplétif, proposées par la loi mais pouvant être exclues par la volonté des associés. Sur la distinction entre liquidation amiable et judiciaire, la nomination, les empêchements, les pouvoirs et la responsabilité des liquidateurs, la procédure et le règlement du passif et le partage entre associés v. M. Germain- V. Magnier no 1108 suiv., P. Le Cannu-B. Dondero, nos 602 suiv..

<sup>549</sup> V. Y. Guyon « Les sociétés. Aménagements statutaires... », nos 305 suiv.

du droit français. Il y a toutefois en droit grec –de nouveau à la différence du droit français- des dispositions de droit commun imposant de plein droit la liquidation des personnes morales après leur dissolution dans le but de garantir la priorité des créanciers sur l'actif social- les art. 72 - 77 AK et sur renvoi de l'art. 76 les dispositions impératives des art. 1916-1921 AK sur la liquidation judiciaire des successions analogiquement applicables aux personnes morales<sup>550</sup>. Mais l'opinion dominante dans la doctrine et la jurisprudence exclut en matière des sociétés de personnes avec personnalité morale l'application ex lege des art. 1913 suiv. avec leur impératif, sur le fondement de l'argument que la responsabilité indéfinie des associés dans ces formes sociales est une garantie suffisante pour les créanciers sociaux. L'AK contient en plus des dispositions sur la liquidation de la société civile (777-783 AK) constituant le droit commun pour toutes les sociétés de personnes<sup>551</sup> ; mais ces dispositions sont réputées par la doctrine dominante et une partie importante de la jurisprudence de droit supplétif, comme concernant les relations entre associés, sur le même fondement que précédemment de la responsabilité indéfinie des associés, une conception différente de celle du droit français, pour lequel la liquidation est de droit impératif pour toute forme sociale (à une exception près- v. supra). Est même reconnue selon cette logique la possibilité d'écarter par prévision statutaire in globo l'étape de la liquidation après dissolution, notamment avec attribution de l'ensemble de l'actif social à un associé ou tiers contre paiement de la valeur des participations sociales. Ce point de vue est désormais expressément adopté pour les sociétés de personnes personnifiées par l'art. 268 L4072/2012 (concernant les sociétés en nom mais applicable aussi aux commandites et aux sociétés civiles avec la personnalité morale), prévoyant que la dissolution est suivie par la liquidation, sauf accord différent des associés. Il est aussi à noter qu'est reconnue par la jurisprudence et la doctrine dominantes la possibilité dans le silence des statuts d'une adjudication de l'entreprise sociétaire après dissolution de la société de personnes à un associé par décision de justice à la demande de cet associé même contre la volonté des

---

<sup>550</sup> Les prévisions les plus caractéristiques de ces articles sont la liquidation impérative suivant la liquidation, le maintien de la personnalité morale durant la liquidation et pour ses besoins, la restriction selon les art. 72 et 74 AK du but de la personne morale et des pouvoirs du liquidateur dans le cadre nécessaire pour les besoins de la liquidation et, selon les art. 1914 suiv., l'organisation d'un dispositif de publicité au profit des créanciers sociaux et d'un dispositif de production des créances, ainsi que le remboursement proportionnel de créanciers chirographaires en cas d'insuffisance de l'actif) – v. N. Papantoniou « Principes généraux », p. 145 suiv.

<sup>551</sup> Ces dispositions prévoient notamment la priorité du remboursement des créanciers sociaux, la liquidation de l'actif social, si cela est nécessaire pour le paiement des dettes et le retour des apports, la participation des associés à l'actif net après paiement des créances et retour des apports selon la proportion de leur participation aux bénéfices ainsi qu'une obligation de contribution supplémentaire des associés selon leur obligation de participation aux pertes, si l'actif social n'est pas suffisant pour le paiement des dettes et le retour de la valeur des apports.

autres, avec application analogique des dispositions sur le partage de l'indivision et sous conditions de remboursement aux autres associés de la valeur de leurs participations, dans le but de préserver l'entreprise sociétaire (comp. avec L236-8 C.com. sur les conditions impérativement exigées par le droit français pour la cession totale d'actif et L236-6 sur cette cession à un associé en nom ou dirigeant de société de capitaux, à l'unanimité des associés ou avec décision de justice, toujours toutefois comme modalité de la liquidation et non alternativement à celle-ci)<sup>552</sup>. Par contre, pour les sociétés de capitaux la dissolution de la société est pour le droit grec, comme pour celui français, impérativement suivie par sa liquidation par un ou plusieurs liquidateurs, dans le souci de préserver la priorité des créanciers sur l'actif social –mais les dispositions générales de l'AK sur la liquidation des personnes morales sont largement écartées pour les AE par un dispositif spécial d'ordre public visant à la protection des créanciers sociaux<sup>553</sup>. En plus, pour la doctrine grecque, à la différence de la conception française, la liquidation ne signifie pas restriction de la capacité de la société, mais seulement changement de son but et restriction des pouvoirs des dirigeants<sup>554</sup>. La réforme du droit des AE en 2007 a assoupli et accéléré les modalités de la liquidation (v. sur la liquidation des AE l'art. 49 L 2190/1920, pour les EPE 46 3190/1955 et pour les IKE104,105 L4072/2012, dispositions largement de droit impératif)<sup>555</sup>. Le droit grec de la société anonyme prévoit pour certaines causes de dissolution la

---

<sup>552</sup> V. sur l'ensemble du sujet N. Rokas, p. 113 suiv, V. Antonopoulos, p. 263 suiv. Contre le caractère supplétif des dispositions en cause une partie de la jurisprudence. Selon V. Antonopoulos, l'étape de liquidation est obligatoire après dissolution pour les sociétés de personnes mais est exclue l'application des dispositions générales sur la liquidation des personnes morales et les dispositions des art. 777-783 sont de droit supplétif. Pour l'adjudication judiciaire après dissolution de l'entreprise sociétaire v. Areios Pagos 53/1975 EEmpD 1975, p. 571, 1209/1997, DEE 1997, p. 588, 585/2004, DEE 2004, p. 1271. V. aussi (en grec) L. Kotsiris « Attribution judiciaire d'entreprise commerciale », in « Problèmes de droit », t. 2, 1995, p. 421, K. Pamboukis, « Attribution judiciaire d'entreprise dans le cas de dissolution de société », in Mélanges A. Tsirintanis, 1980, p. 119.

<sup>553</sup> V. pourtant art. 49 par. 4a, reconnaissant aux liquidateurs le pouvoir de demander au tribunal l'application des dispositions de l'AK sur la liquidation des successions. V. aussi V. Antonopoulos, p. 501-502, sur la possibilité de dérogations par décision unanime des actionnaires seulement pour ce qui concerne leurs relations internes (retour des apports, partage du boni de liquidation).

<sup>554</sup> V. V. Antonopoulos, p. 502-503., N. Rokas, op.cit., p. 480. Les art. 49 par.7 L2190/1920 et 46 par. 2,3 L3190/1955 semblent consacrer ce point de vue en prévoyant qu'aux liquidateurs sont analogiquement applicables les dispositions sur le conseil d'administration ou les gérants, les liquidateurs engageant ainsi impérativement la société à l'égard des tiers de bonne foi même par des actes dépassant le but de la liquidation. V. N. Rokas, ibid, p. 115, note 7 sur les sociétés de personnes, excluant la restriction de la capacité de jouissance de la société, le liquidateur pouvant ainsi effectuer tout acte avec le consentement unanime des associés de ces sociétés; la réalisation d'actes dépassant le but de la liquidation par le liquidateur d'une société grecque de personnes sans mention dans la dénomination de la société qu'elle est en liquidation peut d'ailleurs engager cette dernière à l'égard des tiers de bonne foi.

<sup>555</sup> Sur cet assouplissement v. N. Rokas, op. cit., p. 480 suiv..

possibilité de « résurgence de la société » (anavioci) par décision de l'assemblée statutaire, pourvu que la distribution de l'actif social n'ait pas commencé (47 § 4 L 2190/1920)<sup>556</sup>. En droit grec, comme en droit français, la dissolution des sociétés avec personnalité morale doit impérativement être publiée pour développer ses effets à l'égard des tiers (notamment pour ce qui concerne le changement de son but et le commencement de la prescription quinquennale de la responsabilité des associés en nom pour les dettes sociales- anc. 64 EN, 7a par.10, 7b par. 15, 48 par. 3 L2190/1920, 44 par. 3 L3190/1955)<sup>557</sup>. La publication de la clôture de la liquidation est en droit français impérativement suivie par la radiation de la société du registre (L237-11, R123-75 C.com.), mais ni la publication- malgré la lettre de l'art. 1844-8 C. civ.- ni la radiation n'emportent pas nécessairement disparition de la société comme personne morale, tant qu'il demeure encore un actif distribuable ou un passif non prescrit<sup>558</sup>. Cette solution paraît raisonnable, mais d'autre part la question de la fin de la période de liquidation et de la personnalité morale des sociétés présente en droit grec des incertitudes<sup>559</sup>.

### **Les restructurations sociétaires et leur ordre public économique**

---

<sup>556</sup> Ces causes sont la dissolution par expiration de la durée, ou comme conséquence d'une décision de l'assemblée extraordinaire, ou en cas de faillite, si un "rétablissement" a lieu. Sur la possibilité et les conditions d'une « résurgence » d'une société de personnes dissoute v. N. Rokas, p. 111.

<sup>557</sup> L'omission des formalités de publicité rend généralement pour le droit grec la dissolution impérativement inopposable aux tiers de bonne foi, tandis que ces tiers peuvent l'invoquer ; mais l'art. 64 EN sur la publicité de la dissolution comme point de commencement de la prescription de l'obligation des associés en nom pour les dettes sociales ne distingue pas selon la bonne ou la mauvaise foi des créanciers. La doctrine grecque accepte que la publicité n'est pas nécessaire en cas de dissolution pour expiration de la durée de la société, tandis que la question du besoin de publicité et de sa nature en cas de résiliation d'une société de personnes est débattue- v. V. Antonopoulos, p. 233-234. La publicité de la décision de l'assemblée des actionnaires sur la dissolution de l'AE est d'autre part impérativement constitutive (sans celle-ci la décision est réputée erga omnes inexistante), comme pour toute modification des statuts. Pour la publicité de la nomination des liquidateurs comme condition de son opposabilité aux tiers v.1844-8 al. 2 C.civ., 7a par.1 α, 7β L2190/1920, 47 par. 5 L3190/1955. Il est en plus à noter que pour la doctrine grecque l'observation des formalités impératives de publicité n'exclut pas l'engagement de l'AE en liquidation à l'égard des tiers de bonne foi par des actes des liquidateurs dépassant le but de la liquidation-V. Antonopoulos, p. 503.

<sup>558</sup> V. P. Le Cannu-B. Dondero, no 598.

<sup>559</sup> Est ainsi une question débattue pour les sociétés de personnes si la fin de la personnalité morale de la société a lieu avec la publicité du bilan final de la liquidation ou si la personnalité morale persiste, comme en droit français, autant qu'existe un passif non prescrit, l'opinion dominante semblant adopter cette dernière position, tandis que pour les AE est soutenue l'opinion que la radiation de la société du registre emporte disparition de sa personnalité morale, avec toutefois possibilité d'extinction de la radiation et résurgence de la personnalité morale, si après radiation est révélée l'existence d'un actif non distribué ou de passif social non remboursé. V. sur la question du moment de la disparition de la personnalité morale de la société P. Le Cannu-B. Dondero no 598, V. Antonopoulos, p. 305 suiv., 511-512, 623-624, N. Rokas p. 120, 484, 570.

Les sociétés disparaissent en droit d'une autre manière, sans disparition de l'entreprise qu'elles soutiennent juridiquement : il s'agit bien sûr des cas de restructuration des sociétés – fusions-absorptions ou fusions par constitution d'une société nouvelle, scissions au profit de sociétés existantes ou au profit de sociétés nouvelles – où la société est dissoute sans étape de liquidation, avec transmission universelle du patrimoine des sociétés disparues au profit d'autres sociétés, déjà existantes ou créées ad hoc, avec attribution aux associés des sociétés disparues des droits sociaux des sociétés bénéficiaires, selon une parité d'échange convenue. Les fusions et scissions sont aujourd'hui des moyens principaux de renforcement et de gestion du processus de concentration économique. Dans le passé, les résultats des fusions et de scission étaient recherchés par le biais de techniques qu'on pourrait qualifier de montages, car les deux droits ne reconnaissaient pas la transmission universelle de patrimoine pour les personnes morales<sup>560</sup>. Aujourd'hui, cette transmission est reconnue – à des degrés différents – par les deux droits, comme le résultat juridique de procédures impérativement réglementées et sous respect entre autres conditions des exigences pour les modifications statutaires, afin que les différents intérêts impliqués (notamment ceux des associés minoritaires et des créanciers sociaux) soient protégés. Le respect de l'impératif en cause offre d'ailleurs une sécurité juridique renforcée aux participants, la matière est empreinte d'ordre public économique sociétaire selon une logique organisationnelle et la loi du contrat est respectivement largement écartée<sup>561</sup>. La réglementation communautaire a en plus joué un rôle important de convergence entre le droit français et le droit grec en matière de restructurations. Mais cela ne signifie pas que des différences n'existent pas dans la réglementation impérative de cette matière par les deux droits. Le droit grec impose ainsi encore l'autorisation administrative après contrôle de légalité comme condition pour l'achèvement des opérations des fusions et scissions des AE ou en AE, en continuant à attribuer à l'administration le rôle du garant ex ante de la légalité et de la confiance des intéressés en matière de restructurations (74, 75, 84, 85 L 2190/1920, tels qu'ils résultent après la réforme du droit grec des restructurations en 2011). Le droit français permet la fusion et scission de toute sorte de sociétés en toute forme de sociétés (1844-4 C.civ., L236-1 à L236-7 C.com. pour les sociétés commerciales –mais l'unanimité est exigée si de la restructuration résulte augmentation des engagements des associés), bien que l'essentiel de sa réglementation impérative concerne les fusions et scissions de SA (L236-8 à L236-22. C.com.). Par contre, le droit grec des sociétés, plus conservateur en la matière, reconnaît avec effet de transmission universelle du patrimoine seulement les fusions entre AE ou

---

<sup>560</sup> Sur l'histoire du droit des restructurations en droit français v. P. Didier, t. 2, p. 583.

<sup>561</sup> Ainsi K. Pamboukis "Droit de la société anonyme", fasc. 1, p. 179.

scissions d'AE en AE et les fusions entre EPE ou entre IKE (68 suiv. L2190/1920, 54-55 L3190/1955, 108-115 L4072/2012), avec comme résultat que pour le droit des sociétés la fusion entre autres types sociaux ou entre types sociaux différents peut se faire après transformation de toutes les sociétés impliquées en AE ou EPE ou IKE, la scission nécessite la transformation en AE ou alternativement que la « fusion » ou « scission » de ces types sociaux peut avoir lieu par biais de dissolution et cession ou apport de leur actif à titre particulier après liquidation – mais l'intervention du droit fiscal change en fait beaucoup les choses (v. infra)<sup>562</sup>. Le droit grec des restructurations reconnaît aussi la possibilité d'opération de dissolution avec transmission universelle du patrimoine sans attribution de droits sociaux de la société bénéficiaire aux actionnaires de celle dissoute, mais avec rachat des actions de ces derniers, avec application analogique des dispositions sur les fusions (79 L2190/1920). Points communs largement d'ordre public des deux droits pour les restructurations des sociétés anonymes, la réglementation de la procédure de prise de décision par les organes de direction, l'établissement d'un projet pour la restructurations et de leurs rapports à l'assemblée, l'intervention d'experts (commissaires aux fusions pour le droit français et commission d'évaluation des apports en nature pour le droit grec) pour évaluer les termes économiques de l'opération, la publicité obligatoire de l'opération envisagée, la compétence des assemblées extraordinaires des sociétés impliquées, le besoin d'approbation des assemblées spéciales des actionnaires, s'il y a plusieurs catégories d'actions (en droit grec si les intérêts de cette catégorie sont touchés par la fusion), la protection des créanciers des sociétés dont les intérêts pourraient être lésées par l'opération, avec quelques différences entre eux sur ce dernier aspect<sup>563</sup>. Les deux droits

---

<sup>562</sup> Sur le droit des restructurations de l'AE – restructurations proprement dites et leurs palliatifs – v. S. Mousoulas, A. Mikroulea, L. Karagounidis, in “Droit de la société anonyme” (dir. E. Perakis) t. 8, p. 99 suiv. Une partie de la doctrine et de la jurisprudence adoptent pourtant le point de vue qu'il y a possibilité de fusion d'une société de personnes sans transformation, pourvu que l'une au moins de sociétés absorbées soit une AE et la société résultant de la fusion soit en tout cas une AE – v. sur ce point de vue V. Antonopoulos, op. cit., p. 91, note 7.

<sup>563</sup> Le droit français prévoit la possibilité d'écarter à l'unanimité des actionnaires des sociétés impliquées la nomination d'un commissaire aux fusions et l'établissement d'un rapport du conseil à l'assemblée. Le droit grec exige pour ces effets unanimité des actionnaires et titulaires de titres offrant droit de vote, ces déclarations de volonté devant être établies par écrit avec date certaine. Pour ce qui concerne la protection des créanciers sociaux, le droit français prévoit que la fusion ou scission est soumise à l'approbation préalable de l'assemblée des créanciers obligataires des sociétés absorbées ou scindées, à moins que le remboursement de leurs titres sur simple demande ne leur soit offert, et un droit d'opposition des créanciers non obligataires de toute société participant dont la créance est antérieure à la publicité du projet de fusion ou d'un mandataire de l'assemblée des créanciers obligataires de la société absorbante ou de celle bénéficiant de la scission, le tribunal ayant le pouvoir de rejeter l'opposition ou d'ordonner le remboursement immédiat de la créance ou la constitution de garanties au profit de l'opposant, si la société en offre et sont jugées suffisantes (L236-

prévoient en plus aujourd'hui des dispositifs simplifiés de fusion par absorption si la société absorbante détient la totalité des actions de la société absorbée (L236-11 C. com., 78 L2190/1929) ou pour le droit grec si elle détient les 90 pour cent de ces actions (78A L2190/1920)<sup>564</sup>.

### **La fin des sociétés, l'ordre public sociétaire et les montages**

---

13 à L233-16, L236-18, L236-19 C.com). En cas de scission, les sociétés résultant ou bénéficiaires de la scission sont solidairement responsables pour chaque dette, obligataire ou non, de la société scindée ayant été transmise à chacune d'elles ; une stipulation contraire est possible mais dans ce cas tout créancier non obligataire de la société scindée a un droit d'opposition selon l'art. L236-14 (L236-20, L236-21 C.com.). Le droit grec prévoit en cas de fusion le droit de tout créancier de toute société participante dont la créance est antérieure à la publicité du projet de fusion et n'est pas exigible d'exiger dans un délai de 20 jours dès cette publicité la constitution à son profit de garanties, si la situation des sociétés fusionnées l'impose et de telles garanties ne lui ont pas déjà été octroyées, tout contentieux sur ce droit étant tranché par le tribunal d'instance du siège social de chacune des sociétés participantes, tandis que la fusion doit être approuvée par l'assemblée des obligataires ayant des obligations convertibles en actions de toute société participante à la fusion ; en cas de refus d'approbation tout créancier obligataire a les droits de garantie ci-dessus présentées (art. 70 L2190/1920). En cas de scission, l'art. 83 de la loi prévoit pour la protection des créanciers de la société scindée l'application de l'art. 70 sur les fusions (v. ci-dessus), en précisant que toute société résultant ou bénéficiaire de la scission est solidairement tenue à l'égard de tout créancier de la société scindée, obligataire ou non, dont la créance a été transmise à une d'elles et n'a pas été remboursée, jusque à la valeur nette de la part du patrimoine de la société scindée apporté à chacune d'elles.

<sup>564</sup> En droit français, dans ce cas il n'y a pas obligation de réunion de l'assemblée extraordinaire des sociétés participant à l'opération et d'établissement des rapports prévus dans les art. L236-9 al. 4 et L236-10 C. com. (rapports des organes de direction et du commissaire à la fusion). Pourtant, un ou plusieurs actionnaires de la société absorbante possédant au moins les cinq pour cent du capital ont le droit de demander en justice la désignation d'un mandataire compétent pour convoquer l'assemblée générale extraordinaire de la société absorbante afin qu'elle se prononce sur la fusion. Le dispositif du droit grec est plus compliqué ; ainsi, si la société absorbante détient directement ou par des personnes agissant pour son compte la totalité du capital ou des droits de vote de la société absorbée, le droit grec allège les exigences procédurales, en allégeant les exigences pour le projet de fusion et en dispensant des obligations de rédaction des rapports des conseils et d'avancer à des évaluations par le biais de la commission d'experts, mais aussi en dispensant de leur responsabilité les administrateurs de la société absorbée ; il prévoit aussi, sous conditions de publicité du projet de la fusion un mois avant la production de ses effets et de l'offre de la possibilité de s'informer à tout actionnaire de l'absorbante à son siège un mois avant l'opération pour une série de pièces nécessaires à la fusion, la non obligation de tenue des assemblées des sociétés participantes, avec d'autre part droit de la minorité de 5 pour cent du capital libéré de la société absorbante d'exiger du conseil d'administration et en cas d'inertie de ce dernier de demander en justice la réunion de l'assemblée extraordinaire de la société absorbante dans le but de se prononcer sur l'opération de fusion. Si la société absorbante possède directement ou indirectement les 90 pour cent au moins des titres du capital ou offrant droit de vote sans posséder pour autant la totalité, il y a possibilité d'omission de réunion des assemblées sous les conditions présentées ci-dessus pour la société possédée à cent pour cent – mais dans ce cas tout actionnaire de la société absorbante a un droit ex lege d'exiger la réunion de l'assemblée extraordinaire de l'absorbante pour statuer sur la fusion.



Des différences assez importantes résultent de la comparaison entreprise entre le droit français et le droit grec pour ce qui concerne l'impératif des disparitions des sociétés (droit individuel d'ordre public de chaque associé de demander en justice la dissolution de la société pour juste motif, un droit qui appartient pour le droit grec des sociétés de capitaux à de différentes minorités, rôle plus élargi en droit grec des violations de l'impératif sociétaire comme cause de dissolution des sociétés anonymes, mais laxisme relatif pour ce qui concerne la chute des capitaux propres et la réalisation ou extinction de l'objet social dans cette forme sociale, possibilité de l'administration grecque de demander en justice la dissolution de la société anonyme pour certaines violations particulièrement graves de l'ordre public sociétaire, liberté statutaire en droit français d'ajouter librement des causes de dissolution pour toute forme sociale, la question étant débattue en droit grec pour la société anonyme, restriction de la capacité de jouissance de la société dissoute en droit français et restriction de son but pour les sociétés à risques limités grecques, caractère réputé supplétif des dispositions sur la liquidation pour les sociétés de personnes grecques, absence de possibilité directe de disparition avec transmission universelle du patrimoine pour les sociétés de personnes grecques, besoin d'autorisation administrative après contrôle de licéité pour les restructurations du droit grec). De la comparaison qui a précédé il résulte toutefois que dans les deux droits le sort de l'entreprise et de sa forme juridique – la société –, malgré les difficultés que le droit peut leur opposer, appartient largement aux détenteurs du capital social, notamment sous les formes de la mise d'une société en sommeil et de restructurations changeant la forme juridique de l'entreprise. Cela peut paraître logique dans une économie libérale et sous l'angle de la conception liant étroitement le risque des associés comme créanciers de dernier rang de la société et leur pouvoir sur l'entreprise sociétaire. Les deux droits sous comparaison – celui français et celui grec- ne reconnaissent pas un devoir des associés de soutenir par des apports supplémentaires leurs sociétés en danger et un droit de pérennité de cette dernière face à ses associés<sup>565</sup>. Les restructurations et notamment les fusions ont toutefois souvent un coût social important (avec compression des effectifs) et, si elles obéissent en principe à la logique des économies d'échelle, elles peuvent échouer, en créant des phénomènes de gigantisme avec des coûts plus importants que les gains. En plus, les dernières décennies ont été multipliées les fusions avec logique purement financière, dont l'impact général est très contestable<sup>566</sup>. En tout cas, le domaine

---

<sup>565</sup> M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy, n° 327 – et en grec, même si l'on accepte une obligation de loyauté pesant sur les actionnaires de référence, N. Tellis « L'obligation de loyauté de l'actionnaire », précité, p. 920.

<sup>566</sup> N. Coutinet - D. Segot-Duvaurox « L'économie des fusions et acquisitions », éd. "La Découverte", Coll. Repères, 2003.

de la disparition des sociétés peut avoir une relation importante avec le phénomène des montages sociétaires. La dissolution peut ainsi viser essentiellement à exclure un associé ou valoir essentiellement cession de l'entreprise sociétaire ou inversement certains montages peuvent signifier essentiellement dissolution partielle de la société. On a vu aussi des montages visant à aboutir aux effets de la scission en échappant à la réglementation légale impérative de cette dernière. La mise d'une société en sommeil peut constituer un montage pour échapper aux inconvénients de la dissolution et pour se procurer d'une coquille de société prête à utilisation dans le cadre de montages futurs. Le régime de disparition des sociétés peut aussi est important pour ce qui concerne le dénouement de certains montages, notamment de ceux qui instrumentalisent les sociétés. C'est ainsi le cas avec le rôle des fusions dans le dénouement du montage de LBO. Le rôle des restructurations est aussi particulièrement important dans le développement et la gestion du "montage structurel" qu'est – selon l'expression de M. J.-Ph.Dom – le groupe de sociétés. Plus généralement, le domaine de disparition ou de mise en sommeil des sociétés, avec les intérêts multiples y impliqués – intérêts liés à l'entreprise dont la société est la forme juridique, mais aussi éventuellement à l'ensemble de la société au sens large – peut constituer dans l'avenir un chantier important pour de nouvelles régulations économiques, équilibrant mieux l'intérêt des associés, l'intérêt de l'entreprise comme ensemble et l'intérêt général et décourageant les comportements abusifs<sup>567</sup>.

### **Section III: L'ordre public économique sociétaire résultant des autres branches du droit de l'entreprise**

Comme nous avons déjà exposé, les règles juridiques de nature impérative qui exercent une influence sur l'organisation juridique du phénomène sociétaire ne s'épuisent pas au droit des sociétés stricto sensu. Ainsi, dans le cadre de ce chapitre, dans lequel nous nous efforçons d'esquisser le « droit commun » de l'ordre public économique sociétaire comme facteur de structuration juridique de l'entreprise, nous allons aborder – même d'une manière succincte – comme sources de cet ordre public dans les deux pays sous comparaison le droit social (§ 1), le droit fiscal (§ 2) et le droit des procédures collectives (§ 3).

---

<sup>567</sup> Ainsi déjà l'arrêt « Fruehauf » du CA Paris 22 mai 1965, JCP II 1427 bis, concl. Av. Gen. Nepveu, R. Contin "L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés", D. 1968, Chr. IV.

## § 1. Le droit social comme source de l'ordre public économique sociétaire

### A. Les salariés comme partie constituante de l'entreprise – le comité d'entreprise et le droit des sociétés

Si la société est typiquement la forme juridique du financement et de la gouvernance de l'entreprise privée (notamment capitaliste), on ne doit pas oublier que cette dernière ne s'épuise pas aux apporteurs en capital, mais comporte aussi comme composante essentielle –même juridiquement subordonnée- ses salariés. L'émergence d'un droit impératif destiné à protéger les salariés et à rééquilibrer leur relation inégalitaire avec l'employeur – le droit du travail et, plus généralement, le droit social ou l'ordre public social – n'a pas laissé sans impact l'ordre public sociétaire, notamment en France. Dans les pays occidentaux, la pensée politique, juridique et économique non marxiste a envisagé de faire face au problème général du statut des salariés dans l'entreprise privée - au-delà de la réglementation du contrat de travail – par deux voies : l'une voie consistait à faire participer les salariés en tant que collectivité au pouvoir dans l'entreprise, en leur donnant accès aux organes de direction de la société ou, alternativement, en superposant à la société une structure juridique de l'entreprise elle-même, avec participation du capital et des salariés en tant que collectivité. L'autre voie consistait à faciliter l'accès des salariés en tant qu'individus à la "propriété" de la société et à ses résultats par l'introduction de dispositifs d'attribution à eux de droits sociaux, notamment d'actions<sup>568</sup>. Aucune des deux voies n'a été toutefois suivie avec conséquence et aucune n'a donné de résultats particulièrement importants en ce qui concerne le partage du pouvoir et des résultats dans l'entreprise. D'autre part, les deux approches ne sont pas restées sans un certain impact sur l'ordre public sociétaire, notamment en droit français.

En France, l'intersection du droit social avec l'ordre public sociétaire s'exprime d'abord par le rôle dans la vie des sociétés du comité d'entreprise, organe introduit en 1946, doté de la personnalité morale et imposé obligatoirement à toute entreprise ayant plus de 50 salariés, indépendamment de sa forme juridique (aujourd'hui L2322-1 suiv. Code du travail)<sup>569</sup>. Le comité d'entreprise est un organe représentatif du personnel, bien que présidé par le chef de l'entreprise et, à l'époque de son introduction, il a été vu comme la première

---

<sup>568</sup> Sur la première perspective v. G. Ripert « Les aspects juridiques du capitalisme moderne », n° 119, p. 265 suiv., M. Despax « L'entreprise et le droit », LGDJ, 1957, E. Alfandari « Droit des affaires », Litec 1994, n° 244-248. V. aussi D. Livio « Réconcilier l'entreprise et la société », Village mondial, 2002.

<sup>569</sup> Sur le comité d'entreprise v. J. Pelissier- A. Suppiot- A. Jeammeaud « Droit du travail », Précis Dalloz, 23e édition, n°s 684 suiv.

reconnaissance de l'existence de l'entreprise en tant qu'entité distincte de son exploitant. Aujourd'hui, le comité d'entreprise a de droit impératif certaines prérogatives importantes d'intervention dans la vie des sociétés finançant et gouvernant des entreprises, notamment si celles-ci revêtent la forme de la SA, des prérogatives renforcées par la loi NRE de 2001<sup>570</sup>. Ainsi, deux représentants du comité ont impérativement droit d'assister aux réunions du conseil d'administration (ou de surveillance) de la SA, avec toutefois voix seulement consultative (L2323-62 suiv. C.trav.). Le comité d'entreprise se voit aussi reconnaître de larges prérogatives d'information et de consultation – sans toutefois droit d'opposition –, notamment en cas de cession du contrôle dans l'entreprise soit par le biais de fusion, soit par le biais de cession de bloc de contrôle de la société, soit par le biais d'une offre publique sur les titres sociaux cotés (L2323-1 suiv. C.tr.). Le comité d'entreprise est d'ailleurs un destinataire principal de l'information comptable dans les SA (L232-3 C.com) et peut demander en justice la récusation ou révocation d'un commissaire aux comptes, respectivement pour manque d'indépendance à l'égard des dirigeants ou pour faute ou empêchement (L823-6, L823-7 C. com.)<sup>571</sup>. Il se voit aussi reconnaître certains droits d'intervention aux mécanismes sociétaires au sens strict, pouvant ainsi p.ex. déclencher en cas d'urgence la procédure de convocation de l'assemblée générale de la société exploitant l'entreprise et faire inscrire des projets de résolution à son ordre du jour (L2323-67 C. tr.) ou déclencher une procédure d'expertise sur des opérations de gestion de la société (L225-231 al. 3, L223-37 C.com.)<sup>572</sup>. Il peut aussi demander pour toute société le déclenchement de la "procédure d'alerte" en cas de connaissance de sa part de faits de nature à affecter de manière préoccupante l'exploitation (L234-3 C.com., L2323-78 suiv. C. tr.)<sup>573</sup>. Toutes ces prérogatives d'ordre public semblent confirmer la position selon laquelle en droit français l'intérêt des associés n'est pas le but unique de la société- forme juridique de l'entreprise privée. Toutefois, le comité d'entreprise ne participe pas au "noyau dur" du pouvoir dans la société, ce pouvoir appartenant à des personnes élues et révoquées par les associés, il n'est pas un facteur de codécision dans la société, et son statut véritable – interlocuteur du pouvoir sociétaire ou contre-pouvoir – reste incertain.

En droit grec, le législateur s'est efforcé en 1988 d'introduire un organe analogue à celui français du comité d'entreprise (L1767/1988), en le dotant de droits d'information (notamment en cas de cession du contrôle de l'entreprise), de consultation et, dans certains

---

<sup>570</sup> Sur ces prérogatives du comité d'entreprise, v. Ph. Merle, n° 528 suiv.

<sup>571</sup> V. Ph. Merle, no 531.

<sup>572</sup> L'exercice des prérogatives de convocation de l'assemblée et de déclenchement d'une expertise de gestion nécessitent toujours l'intervention des tribunaux- v. Ph. Merle, *ibid.*

<sup>573</sup> V. Ph. Merle, *ibid.*

cas, de co-décision (notamment en matière d'hygiène et de sécurité), sans toutefois les quelques pouvoirs d'intervention dans la vie sociétaire du comité d'entreprise français. En plus, à la différence du droit français, la constitution du comité n'a pas été prévue comme obligatoire, son rôle étant conçu comme subsidiaire par rapport aux syndicats et à la négociation collective, et le nouvel organe a vite été relativement marginalisé<sup>574</sup>.

## **B. La participation des salariés aux bénéfices et au capital**

L'autre question importante qui se situe à l'intersection entre le droit des sociétés et le droit social est celle de la participation des salariés aux bénéfices et au capital des sociétés. Le droit français a introduit un dispositif impératif d'une certaine participation financière à effet différé des salariés aux bénéfices de leur entreprise employant habituellement au moins cinquante salariés ou en cas de plusieurs entreprises formant une unité économique et sociale regroupant au moins cinquante salariés et reconnue comme telle par convention ou décision de justice, la négociation collective jouant un rôle importante dans l'affectation des sommes aussi engagées (L3322-1 suiv. C.tr.)<sup>575</sup>. A côté de ce dispositif, sont prévus d'autres dispositifs facultatifs d'intéressement du personnel (v. ainsi L3311-1 suiv. C.tr.)<sup>576</sup>. Il prévoit aussi la possibilité de distribution d'actions gratuites - existantes ou à émettre, avec augmentation du capital et renonciation par avance des actionnaires à leur droit préférentiel de souscription- au personnel salarié (L225-197-1 à L225-197-6 C.com.)<sup>577</sup>. Il oblige aussi l'assemblée générale des SA à statuer régulièrement sur la question d'une augmentation du capital destinée aux salariés, sans l'engager toutefois quant à sa décision (L225-129-6 C. com. – v. aussi art. L3332-18 à L3332-24 C. tr.). Il permet d'ailleurs le rachat par la société de ses propres actions dans le but de leur distribution aux salariés (L225-208 C.com). Il fixe aussi impérativement un minimum de participation aux organes de direction ou de surveillance pour les salariés actionnaires des sociétés cotées (L225-23, L225-71 C.com). Toutes ces prévisions constituent des dérogations certaines aux principes de l'ordre public

---

<sup>574</sup> Sur la question de la participation des salariés dans l'AE v. K. Kremalis-E. Skyllakou in « Droit de la société anonyme », dir. E. Perakis, t. 1, p. 279 suiv.

<sup>575</sup> Ph. Merle, n<sup>o</sup> 532 suiv.

<sup>576</sup> Ph. Merle, n<sup>o</sup> 533.

<sup>577</sup> V. sur ce dispositif, sa réglementation impérative et son régime fiscal particulièrement favorable Ph. Merle, nos 537-538. Le nombre total des actions gratuitement distribuées ne peut dépasser les dix pour cent du capital social. La compétence pour la prise de décision et l'octroi d'autorisation pour une telle distribution – qui ne peut excéder les 38 mois- au conseil d'administration appartient à l'assemblée extraordinaire, qui fixe le maximum des actions qui peuvent ainsi être distribuées et la durée minimale de conservation des actions par les bénéficiaires, une durée qui ne peut pas être inférieure à deux ans.

sociétaire traditionnel – notamment celui de la relation entre l’apport et la qualité d’associé et, plus particulièrement, la relation entre l’apport en numéraire ou en nature et la participation au capital social. Pour certains auteurs français, cette évolution s’inscrit dans un processus plus général de déclin des notions d’apport et de capital social<sup>578</sup>, tandis que d’autres, tout en la voyant comme positive, soulignent la perturbation en résultant pour les « canons du droit des sociétés »<sup>579</sup>. Le droit grec prévoit lui aussi des dérogations aux principes traditionnels d’ordre public sociétaire au profit des salariés, en reconnaissant comme permise la distribution de bénéfices aux salariés sous forme d’une augmentation du capital social par incorporation des bénéfices, à laquelle correspondent de nouvelles actions destinées aux salariés (art.18 L1731/1987) ou le rachat par l’AE de ses propres actions dans le but de les distribuer à prix bas ou gratuitement aux salariés (16 par.3 L2190/1920- en précisant en plus que dans ce cas n’est pas applicable le plafond de 10 pour cent du capital libéré pour l’acquisition par les sociétés de ces actions, mais que les actions doivent être distribuées au personnel dans les douze mois dès leur acquisition) – sans introduire toutefois un système impératif de participation des salariés aux bénéfices de leurs entreprises.

Les deux droits –français et grec- reconnaissent aussi la possibilité d’émission d’options sur actions à un prix prédéterminé au profit des dirigeants et du personnel par les sociétés anonymes, avec une augmentation concomitante du capital social (avec renonciation en avance des actionnaires en place de leur droit préférentiel de souscription) ou après le rachat par la société de ses propres actions, à savoir les fameuses stock options, tout en présentant certaines différences quant à leur réglementation impérative de la matière (L225-177 suiv. C.com., 13 §§ 13, 14 L2190/1920)<sup>580</sup>. En fait, il serait quelque peu déplacé de voir

---

<sup>578</sup> Ainsi Th. Massart « La société sans apport », cité supra.

<sup>579</sup> J. Prieur, rapport de synthèse, in « Le salarié-sujet du droit des sociétés », colloque, Bull. Joly sociétés, juillet 2005.

<sup>580</sup> Ainsi, en droit grec l’assemblée générale extraordinaire – en principe compétente pour la prise de décision sur l’attribution de stock-options – peut déléguer au conseil d’administration même ce pouvoir de prise de décision pour une durée maximum de 5 ans, tandis qu’en droit français l’assemblée extraordinaire prend la décision de principe de donner une autorisation de consentir des options à l’organe de direction, qui concrétise les critères d’attribution des options mais aussi leur prix, le délai de l’autorisation est fixé par l’assemblée et il ne peut être supérieur à 38 mois. Le droit français ne laisse pas totalement libre la fixation du prix des options, car il impose des planchers suivant des méthodes différentes selon le caractère de la société comme cotée ou non cotée. Le droit grec impose un plafond à l’attribution des stock-options, qui ne doivent pas dépasser quant à la valeur nominale les 10% du capital social libéré à la date de la résolution, tandis que la loi française renvoie cette question à un décret, tout en spécifiant que l’octroi d’options est prohibé pour les salariés et mandataires sociaux possédant plus de 10 pour cent du capital. Il prévoit d’ailleurs l’incessibilité des options jusqu’à leur exercice. Sur la réforme du droit des stock-options en France et sa portée en fait restreinte v. M.Germain-V.Magnier, n°1968-1 et les mêmes auteurs, n°1968 sur les dirigeants des

une influence du droit social sur le droit des sociétés dans le cas des stock-options, car ces dernières sont devenues essentiellement un moyen de rémunération et d'enrichissement des dirigeants et des hauts cadres des sociétés. Elles étaient vues toutefois par un courant influent de provenance nord-américaine comme un moyen de convergence d'intérêts entre les associés-« mandants » et leurs « mandataires » (dirigeants, salariés), dans les sociétés où il y a dissociation entre la « propriété » et le contrôle. Pour ce courant de pensée, les stock-options pourraient engager les « mandataires » au service des intérêts des actionnaires mieux et avec un moindre coût que l'impératif légal (ou même la « corporate governance » –v. infra). Toutefois, aujourd'hui, les stock-options sont vues même aux Etats-Unis avec une certaine défaveur, à cause du creusement des inégalités les ayant suivi, mais aussi des effets pervers qu'elles ont provoqués au gouvernement des entreprises (incitation à des comportements opportunistes et court-termistes de leurs bénéficiaires) et il y a une forte tendance vers leur réglementation impérative plus stricte<sup>581</sup>.

### **C. Le droit social, le pouvoir et les montages dans la société-entreprise**

L'impact du droit social et de son impératif dans la vie des sociétés prend aussi d'autres formes dans les deux pays sous comparaison: il peut ainsi être la source de limites dans l'exercice des pouvoirs des organes sociaux au sein des entreprises, notamment en matière de protection des droits individuels et politiques des salariés, mais aussi en matière de licenciements économiques<sup>582</sup>. Le statut social des dirigeants sociaux eux-mêmes est d'ailleurs – bien que moins que dans le passé – un facteur important dans le choix de forme

---

sociétés comme les bénéficiaires essentiels des stock-options. V. sur l'ensemble du sujet R.Vatinet « Le clair-obscur des stock-options à la française », Rev. soc. 1991, p.36, du même auteur Rev. Soc. 2007 p.581, le dossier des "Actes pratiques" mai-juin 2003, I.Riassetto « Liberté contractuelle et stock-options », Bul. Lamy sociétés commerciales février 2002, S.Schiller et Kerfant « Stock-options et actions gratuites » in « Actes pratiques », mai-avril 2008. En grec v. Ang. Gouskou « La rémunération des membres du conseil d'administration par le moyen des stock-options » in « Problèmes du nouveau droit de la société anonyme » (dir. M-Th. Marinos), éd. P.N. Sakkoulas 2009, p.218 suiv, St. Georgradi- S.Gratsias « Distribution d'actions de société anonyme aux membres du conseil d'Administration et à son personnel », DEE 2001, p.1079, G.Sotiropoulos « Distribution d'actions à des membres de l'administration et au personnel d'AE de provenance de capitalisation de bénéfice », Episk ED. 2006, p.1001.

<sup>581</sup> Ainsi, p. ex. M. Aglietta « La crise », éditions Michalon, 2008, tr. grecque, éd. Polis 2009. V. aussi Ph. Merle, no 535, p. 632.

<sup>582</sup> Sur la compétitivité de l'entreprise comme fondement des licenciements économiques, la seule augmentation des bénéfices de la société n'étant pas suffisante pour exclure la qualification du licenciement économique comme abusif v. J. Pelissier- A. Supiot- A. Jeanmeaud « Droit du travail », no 484 et la jurisprudence de la Chambre sociale y citée. Sur le dispositif administratif grec de contrôle de licenciements économiques en masse v. I. Koukiadis (en grec) « Droit du travail », éd. Sakkoula 2011, p. 887 suiv.

sociale en France<sup>583</sup>. En Grèce, les dirigeants des sociétés de capitaux peuvent selon la loi subir la contrainte par corps pour les dettes de leurs sociétés aux organismes de sécurité sociale – une dérogation importante au principe du droit des sociétés de la responsabilité des seules sociétés de capitaux pour leurs dettes ; mais un arrêt de la Cour suprême spéciale de 2010 a jugé inconstitutionnelle plus généralement la contrainte par corps pour les obligations monétaires des particuliers à l'égard de l'Etat et des organismes publics et de la sorte la disposition en cause doit être réputée supprimée<sup>584</sup>.

La position des salariés dans l'entreprise et leur relation avec la société a fait l'objet de certains montages sociétaires, notamment en droit français. Ce dernier avait ainsi dans le passé favorisé le montage de reprise d'une société en crise par ses salariés (LMBO ou RES- reprise d'entreprise par ses salariés, loi du 9 juillet 1984). En sens inverse, certains montages d'origine privée ont visé à écarter la participation des salariés dans la vie des sociétés, exercée par le biais des prérogatives du Comité d'entreprise. Dans les deux pays, le cumul d'un poste d'administrateur avec un contrat de travail peut être un montage visant à stabiliser la position du dirigeant. Ce qui est peut être le plus important, "le montage structurel" que constitue le groupe de sociétés – notamment celui multinational – pose des problèmes certains au droit du travail et à l'ordre public social<sup>585</sup>. D'une manière plus générale, selon le Pr. J. Paillusseau, aujourd'hui, pour plusieurs raisons, la position des salariés dans l'entreprise se trouve affaiblie et précarisée<sup>586</sup>. Certains montages sociétaires s'inscrivent d'ailleurs souvent dans la tendance de financiarisation et d'appropriation de l'entreprise par les seuls associés au détriment des salariés (v. infra par exemple sur les montages de LBO) ; en plus, la réception positive des montages sociétaires par le monde

---

<sup>583</sup> Sur ce facteur et les tendances vers la neutralité v. M. Cozian - A. Viandier - Fl. Deboissy, n° 47, n° 975 (pour le gérant de SARL).

<sup>584</sup> Sur l'inconstitutionnalité des dispositions du Code des recettes publiques prévoyant la contrainte par corps comme moyen d'exécution pour les dettes à l'égard des personnes publiques v. AED (Cour suprême spéciale) 1/2010, tranchant la différence en la matière entre Areios Pagos (Cour de cassation) et Symvoulio Epikrateias (Conseil d'Etat – v. supra dans l'unité consacrée au droit constitutionnel comme source de l'ordre public économique sur le rôle de la Cour suprême spéciale de l'art. 100 de la Constitution grecque et les effets de ses décisions). Contre la constitutionnalité de la contrainte par corps des dirigeants des sociétés anonymes pour des dettes de la société à l'égard de l'Etat et des organismes publics N. Rokas, op.cit., p. 338- 339.

<sup>585</sup> A. Supiot « Groupe de sociétés et paradigme de l'entreprise », RTD com. 1985, p. 621. suiv.

<sup>586</sup> « Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports?, D. 1999, p. 157. Selon l'auteur (n° 46): "la recherche de l'enrichissement maximum de l'actionnaire comme seul but de l'action des dirigeants conduit inévitablement à l'affaiblissement de la situation du personnel dans l'entreprise. Les restructurations et les délocalisations pour le seul profit des actionnaires deviennent un mode de vie normal des entreprises. La maximisation du profit des actionnaires conduit, au moins tant que dure le chômage, à un transfert d'une partie de la valeur ajoutée produite par l'entreprise de la rémunération du travail (salaires, participations aux résultats) à la rémunération du capital".



juridique comme expression d'une autonomie privé révisée va de pair souvent avec le recul de la conception sur la société comme expression d'une organisation plus large dans laquelle les salariés ont une position incontournable, au profit de celle de la société et de l'entreprise comme choses des associés, conception que ces montages souvent servent. Toutefois, on ne doit pas méconnaître que, comme le dit le Pr. P. Didier, il n'est pas exclu que les associés soient amenés un jour à partager leur pouvoir dans la société avec les salariés, « certes ayant droit de premier rang, mais ayant droit dont l'investissement dans l'entreprise est en général au moins aussi risqué que celui de la plupart des actionnaires »<sup>587</sup>. On ne devrait pas d'ailleurs exclure pour l'avenir le développement dans l'économie, à côté ou même en remplacement des entreprises capitalistes, de sociétés à risque limité avec logique coopérative, dont l'élément essentiel serait l'apport en industrie et avec financement externe – autrement dit sans opposition entre capital et travail subordonnée<sup>588</sup>.

## **§2. Le droit fiscal comme source de l'ordre public économique sociétaire**

### **A. Le droit fiscal, son impératif par rapport au droit des sociétés et les montages sociétaires**

Par nature en principe impératif, car relevant du droit public et servant les intérêts de la collectivité, le droit fiscal est un facteur important de l'ordre public économique sociétaire aussi bien en France qu'en Grèce, principalement par deux effets qu'il développe. En premier lieu, la dimension fiscale est un motif important pour le choix entre l'entreprise individuelle et la mise de l'entreprise en société, mais aussi dans le choix parmi les différentes formes sociétaires<sup>589</sup>. Cela signifie aussi que les pouvoirs publics peuvent utiliser le droit fiscal, en dehors de sa mission purement budgétaire, comme émetteur de "signaux" orientant les particuliers vers le choix de l'une ou de l'autre forme sociale, selon les conceptions qui sont dominantes dans chaque période sur la façon la plus rationnelle d'organisation juridique de l'activité économique. De la sorte, le droit fiscal peut constituer

---

<sup>587</sup> T. 2, p. 312.

<sup>588</sup> V. pour une telle perspective D. Bachet- G. Flocco- B. Kervelle- M. Sweeny « Sortir de l'entreprise capitaliste », Ed. Du Croquant 2007, Th. Burczack « Socialism after Hayek », University of Michigan Press 2006.

<sup>589</sup> Sur le rôle du droit fiscal en droit des sociétés v. M. Cozian - A. Viandier - Fl. Deboissy n° 42 suiv., P. Didier t. 2, p. 14, Ph. Merle n° 5, N. Rokas p. 31, L. Georgakopoulos « Manuel de droit commercial », t. 1, fasc. 2, p. 44 suiv., G. Vassalakis in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis) t. 1, p. 317 suiv.

un véritable ordre public économique d' « incitation » en matière de sociétés. Toutefois, les dernières décennies cette forme d'interventionnisme est contrecarrée par l'influence accrue de l'idéal de la neutralité fiscale, selon lequel l'orientation des activités économiques et de leurs formes juridiques par le biais des mécanismes du droit fiscal déforme le jeu normal du marché et porte atteinte à la rationalité économique<sup>590</sup>. Pourtant, malgré les progrès de la neutralité, le droit fiscal demeure un facteur important dans les choix des particuliers concernant la mise des entreprises individuelles en forme sociétaire et dans celui parmi les différentes formes sociétaires. Mais des choix des particuliers en matière de sociétés motivés exclusivement par le facteur fiscal posent dans l'un ou l'autre degré problème pour les différents ordres juridiques, car ils peuvent côtoyer dangereusement le domaine de la fraude et de l'évasion fiscale. Le second effet important du droit fiscal comme facteur de l'ordre public économique sociétaire est sa tendance interventionniste à l'égard du droit des sociétés lui-même. Cet interventionnisme peut s'exprimer d'abord par la prétention du droit fiscal à son autonomie, autrement dit par son refus de s'engager par les qualifications du droit des sociétés dans le cadre des opérations des particuliers, et cela même pour des opérations sociétaires en principe licites, en les imposant de la sorte plus lourdement qu'elles le seraient si l'on suivait les qualifications du droit des sociétés<sup>591</sup>. Cette action du droit fiscal a bien sûr des conséquences importantes sur la position juridique des personnes qui utilisent les mécanismes sociétaires et est vue par beaucoup comme atteinte au principe de l'autonomie privée. Le droit fiscal peut aussi assimiler de son point de vue des opérations nettement distinctes pour le droit des sociétés. On voit même parfois le phénomène du droit fiscal devenant lui-même source directe du droit des sociétés, en intervenant dans les notions elles-mêmes de ce dernier, dans le but de préserver les recettes de l'Etat (v. ci-dessous).

Le droit fiscal est d'autre part particulièrement influent sur le phénomène des montages sociétaires : le facteur fiscal est souvent un motif principal dans ces constructions qui utilisent les formes sociétaires ou les différents procédés offerts par le droit des sociétés, dans le but de minimiser autant que possible l'impôt que les particuliers devraient payer selon le cours normal des choses. La fiscalité joue ainsi un rôle important dans la tendance d'utilisation de sociétés par les différents montages à des buts autres que leur typique, à

---

<sup>590</sup> Ainsi L. Georgakopoulos, *op. cit.*, p. 38.

<sup>591</sup> Contre cette notion d'autonomie du droit fiscal M. Cozian « Propos désobligeants sur une « tarte à la crème » : l'autonomie et le réalisme du droit fiscal », in « Les grands principes de la fiscalité des entreprises », Litec 1999, 4e édition, p. 3. Cf. (en grec) Th. Fortsakis « L'autonomie du droit fiscal » in « Le rapport mutuel entre le droit privé et le droit fiscal », Colloque à Nafplio, éd. Ant. N. Sakkoulas, 2006.

savoir de constituer les formes juridiques d'entreprises. Bien sûr on peut soutenir que personne n'est obligé – notamment dans une économie libérale et capitaliste – de choisir, parmi plusieurs procédés également légaux, celui qui lui ferait payer davantage d'impôt<sup>592</sup>. De la sorte, les montages sociétaires dits d' « optimisation fiscale » acquièrent pour une partie importante de la doctrine, notamment française, honorabilité et titres de noblesse – d'autant plus qu'ils peuvent parfois faciliter des opérations économiques généralement bénéfiques. Toutefois, on ne doit pas oublier que ces montages profitent le plus souvent à ceux des particuliers qui peuvent avoir accès au « savoir-faire » juridique et fiscal nécessaire pour leur mise en place, autrement dit aux contribuables les plus aisés, en aboutissant ainsi à une rupture certaine d'égalité devant l'impôt ainsi qu'à une perte importante de recettes pour la collectivité. En plus, l' « optimisation fiscale » doit trouver ses limites dans les cas de procédés sociétaires purement artificiels, où commencent la fraude et l'évasion fiscales – bien que la précision de ces frontières soit une question difficile d'ordre public économique sociétaire dans son volet fiscal (v. infra Partie II)<sup>593</sup>. Le facteur fiscal joue bien sûr un rôle particulièrement important dans le cadre du « montage structurel » du groupe de sociétés, ce dernier provoquant à son tour la naissance de règles fiscales particulières, ayant comme but de favoriser le développement des groupes, mais aussi tenant compte dans une certaine mesure de la réalité de l'évasion fiscale qui a lieu notamment dans le cadre des groupes internationaux.

## **B. Esquisse de la fiscalité des sociétés en France et en Grèce**

La compréhension de l'environnement juridico-économique des sociétés, mais aussi des différents montages sociétaires dans les deux pays nécessite une présentation – même sommaire et schématique – du droit fiscal applicable aux sociétés en France et en Grèce<sup>594</sup>. Ainsi, la constitution des sociétés et les augmentations de capital elles-mêmes ne sont pas taxées en France, tandis qu'elles sont taxées en Grèce avec un taux de 1% sur le capital apporté (« impôt sur la concentration des capitaux » – art. 17 suiv. L1676/1986). Mais ce qui

---

<sup>592</sup> V. en ce sens M. Cozian « Les grands principes... », p. 20.

<sup>593</sup> M. Cozian, « Peut-on trouver une frontière sûre entre l'optimisation, l'évasion et la fraude fiscale? ». Sur les montages sociétaires de « défiscalisation », v. J.Ph. Dom, thèse précitée, n° 63 suiv, Ch.Cutajar-Rivière « La société écran », nos 107 suiv.

<sup>594</sup> Sur le droit fiscal français des affaires, v. M. Cozian « Précis de fiscalité des entreprises », Litec 2007, 31e édition, J-F. Geffroy-J.-P. Pradin « Traité du droit fiscal de l'entreprise », PUF 2003. Pour le droit grec v. (en grec) L. Kontos-Manalis, « Fiscalité des entreprises » I, éd. Sakkoula 2007, L. Theocharopoulos « Droit fiscal. Partie spéciale », éd. Sakkoula 1999.

est plus important est que les apports en propriété aux sociétés sont qualifiés par les deux droits de cessions à titre onéreux, en engendrant les problèmes des droits de mutation et de plus-values, questions auxquelles les deux droits donnent des réponses assez différentes<sup>595</sup>. En ce qui concerne la cession des droits sociaux, le droit français et le droit grec faisaient preuve d'une faveur analogue à l'égard de la cession d'actions, en conformité avec le choix du droit des sociétés de favoriser juridiquement la circulation facile de ce type de droits sociaux – mais les évolutions récentes du droit fiscal grec vont vers l'établissement de la neutralité fiscale en la matière<sup>596</sup>. Mais la différence la plus caractéristique entre le droit

---

<sup>595</sup> En droit français, les cessions à titre onéreux d'immeubles, de fonds de commerce et de droits sociaux sont soumises obligatoirement à la formalité d'enregistrement, avec des droits du fisc à des taux différents sur la valeur du bien cédé, à la charge de l'acquéreur - v. sur l'enregistrement comme formalité et comme impôt M. Cozian « Précis », nos 1296 suiv. Mais aujourd'hui, en principe, aucun droit d'enregistrement n'est dû pour les apports à la constitution de sociétés (810 bis CGI), cette règle souffrant toutefois de certaines exceptions ou conditions – v. M. Cozian n<sup>os</sup> 1516 suiv., 1530 suiv. Cette exonération ne vaut pas pour les augmentations de capital, cas dans lesquels sont aussi imposés avec des droits d'enregistrement les apports en numéraire, avec de droits fixes de 375 ou 500 euros, suivant le montant du capital (inférieur ou supérieur à 225.000) après augmentation. Sur l'imposition des plus-values dégagées lors d'un apport en nature à une société v. 151 octies suivant CGI. En droit grec, l'apport en nature (en propriété) à une société engendre des obligations fiscales pour les taxes dues pour la cession d'entreprise ou de droits sociaux (v. infra), en cas de tels apports, ou pour les droits de transmission entre vifs à titre onéreux en vigueur pour chacune des autres catégories de biens éventuellement apportés (p. ex. immeubles, voitures), avec un traitement différent pour les AE et les EPE, apporteurs tenus - en plus des droits de transmission - pour les plus-values dégagées comme revenu lors de l'apport, avec le taux normal de leur imposition (v. infra). V. sur ces impositions v. K. Finokaliotis (en grec) « Droit fiscal », éd. Sakkoula 2005, 2e édition, p. 235 suiv.

<sup>596</sup> Aujourd'hui en droit français la cession d'actions - cotées ou non cotées- est passible de droits d'enregistrement à hauteur de 0,1 pour cent. Par contre, en cas de cession de parts de sociétés dont le capital n'est pas divisé en actions, les droits d'enregistrement sont de 3%, avec application d'un abattement sur la valeur de chaque part (art. 726 CGI). Pour le régime compliqué d'imposition à taux proportionnel des plus-values en cas de cessions à titre onéreux d'actions ou de parts sociales v. M. Cozian « Précis n<sup>os</sup> 402 suiv. (cession de titres par un entrepreneur individuel), 512 suiv. (plus-values des particuliers), 649 suiv. (cession de titres de sociétés de personnes), 681 suiv. (cession de titres de participation par une société relevant de l'IS), 692 suiv. (cession de titres de placement par une société relevant de l'IS). En droit grec, la cession d'actions non cotées engendre traditionnellement une imposition en principe de 5% sur la valeur réelle de la cession (sans autre imposition de plus-values pour les actionnaires personnes physiques), tandis que la cession des parts sociales est imposée à un taux de 20% sur la plus-value du cédant (art. 13 L2338/1994), comme la cession de l'entreprise elle-même ; ces taux sont sensiblement plus bas en cas de cession entre proches parents. Le droit grec introduit en plus des techniques pour le calcul de la valeur réelle minimum de la plus-value ou des droits sociaux cédés. Mais pour une série de personnes morales (notamment sociétés de capitaux, entreprises publiques), la cession d'actions non cotées emporte en plus imposition des plus-values dégagées par la personne morale lors de la cession, selon le taux normal d'imposition de son résultat, avec toutefois imputation de la taxe de 5 pour cent déjà payée sur la taxe due au titre de la plus-value. Selon le Code, dès 2014 ce dispositif pour la cession des actions non cotées allait être remplacé par une imposition de 20 pour cent sur la plus-value de la cession. Le droit français ne connaît pas de distinction du régime des plus-values suivant le caractère coté ou non

français et celui grec en matière de fiscalité des sociétés concerne le traitement fiscal du résultat de ces dernières. Pour le droit français, les sociétés de personnes sont fiscalement « semi-transparentes » : ainsi, bien qu'elles aient la « personnalité fiscale », leur bénéfice – distribué ou non – est imposé au nom des associés indéfiniment responsables pour la part correspondant à leur participation, avec le taux progressif sur le revenu, s'il s'agit d'associés personnes physiques, avec un taux proportionnel sur leur résultat, s'il s'agit d'associés personnes morales « opaques » ; mais ce dispositif n'est pas d'ordre public et les sociétés de personnes ont l'option de choisir le régime des sociétés de capitaux (v. infra)<sup>597</sup>. Dans le cadre de la semi-transparence, les associés des sociétés de personnes peuvent d'ailleurs imputer à leur revenu ou résultat les déficits des sociétés de personnes (art. 8 CGI). Cette dernière possibilité a donné incitation à plusieurs montages de « défiscalisation » dans le cadre de groupes de sociétés mais aussi de la part de particuliers – avec cette restriction, que le droit français exige aujourd'hui comme condition de l'imputation des déficits la qualité d'associé « actif » (156 CGI)<sup>598</sup>. A la différence de ce qui se passe en matière des sociétés de personnes, les sociétés de capitaux sont traditionnellement pour le droit français fiscalement « opaques », étant imposées pour leur résultat à leur nom à un taux proportionnel de 33,33% (impôt sur les sociétés –v. art. 205 suiv., notamment sur la détermination du bénéfice imposable et le calcul de l'impôt et art. 223 septies suiv. sur une imposition forfaitaire annuelle supplémentaire de ces sociétés), avec un régime en faveur des bénéficiaires de distributions atténuant la double disposition du même revenu (aujourd'hui 117 quater, 158 CGI)<sup>599</sup>. Des réformes dans la dernière décennie ont toutefois

---

coté des actions. En droit grec, l'imposition lors de la cession d'actions cotées était beaucoup moindre que dans le cas d'actions non cotées (en principe 1,5/00 sur la valeur des actions et ensuite de 0,2 pour cent, pouvant aller même jusqu'à l'exonération totale du cédant dans certains cas). Toutefois, par la suite le législateur grec a introduit un dispositif d'imposition des gains dégagés par les personnes morales lors de la vente d'actions cotées à un taux de 20 de pour cent pour les actions acquises après le 1-1-2013 (art. 38 par. 3 C. imp. rev.). Aujourd'hui, après l'introduction d'un nouveau Code d'imposition des revenus en 2013, toutes ces dispositions ont été remplacées par un système en principe unitaire de neutralité fiscale, toute plus-value résultant de la cession de droits sociaux ou d'une entreprise elle-même étant taxée d'un taux de quinze pour cent (art. 42, 43 L4173/2013, avec toutefois des différences quant au calcul de la plus-value selon le caractère coté ou non des droits sociaux cédés).

<sup>597</sup> M. Cozian, « Un sac d'embrouilles: le régime fiscal des sociétés de personnes relevant de l'impôt sur le revenu » in « Les grands principes... », p. 289.

<sup>598</sup> A savoir exerçant dans la société son activité professionnelle v. M. Cozian, « Précis », n° 3290.

<sup>599</sup> L'art. 158 prévoit au profit des bénéficiaires personnes physiques de distributions effectuées par une société passible de l'impôt sur les sociétés un abattement de 40 pour cent sur les sommes distribuées pour le calcul de leur impôt sur le revenu, tandis que l'art. 117 quater prévoit pour les personnes physiques un prélèvement –effectué par la société– d'un taux proportionnel de 21 pour cent sur les bénéfices distribués, imputable à l'impôt sur le revenu global des bénéficiaires, une

atténué le caractère d'ordre public de cette imposition des sociétés de capitaux, en permettant à de telles sociétés exerçant une activité d'entreprise et ayant un caractère familiale ou fermé d'opter pour la semi-transparence des sociétés de personnes (art. 239 bis AA, 239 bis BB CGI). Les déficits des sociétés passibles de l'IS sont reportables et imputables aux bénéficiaires des exercices ultérieurs mais aussi à ceux de l'exercice précédent, régime qui peut constituer un motif pour certains montages de restructuration, des sociétés « riches » en déficits pouvant avoir un attrait fiscal important en cas de fusion (v. Partie II sur les efforts du droit français de faire face à de tels montages). Le coût fiscal de la dissolution des sociétés de capitaux – à laquelle est en principe assimilé par le droit fiscal français le transfert du siège social à l'étranger - est réputé très élevé en France pour les actionnaires ou associés (221 bis CGI)<sup>600</sup>, motif important de préférence pour le montage de la « mise en sommeil » des sociétés au lieu de leur dissolution. Pour ce qui concerne l'autre volet de la comparaison, aujourd'hui le droit grec est plus conforme que celui français à l'idéal de la « neutralité fiscale » pour ce qui concerne l'imposition des bénéficiaires de sociétés, ayant introduit un dispositif unique pour cette imposition. Ainsi, en droit grec toutes les sociétés – même celles dépourvues de la personnalité morale, comme d'ailleurs les indivisions exerçant une activité d'entreprise – sont vues comme fiscalement opaques, et sont imposées pour leur résultat à leur nom, à un taux proportionnel depuis 2014 de 26%, si la société observe des livres à écriture double, de 26 pour cent jusqu' à la somme de 50.000 et de 33 pour cent pour le surplus, si la société observe des livres à écriture simple, et avec un prélèvement de dix pour cent en cas de distribution de bénéfices, avec épuisement de l'obligation fiscale des actionnaires ou associés (jusqu'en 2013,

---

possibilité d'exonération de ce prélèvement étant prévue pour les ménages à revenu faible et moyen. Ce régime ne s'applique pas aux paiements effectués au titre de jetons de présence et de rémunérations autres que salaires des administrateurs et des membres du conseil de surveillance (art. 119 CGI). V. plus généralement sur l'opacité et la semi-transparence fiscales M. Cozian « Images fiscales: transparence, semi-transparence, translucidité et opacité des sociétés » in « Les grands principes... », p. 271. En principe, les distributions de dividendes faites au profit de personnes morales passibles de l'IS ont le traitement fiscal normal des résultats de ces dernières – avec l'exception de taille du régime fiscal des distributions au sein d'un groupe de sociétés (v. infra, Partie II). Sur la taxation des dividendes v. M. Cozian, « Précis... » no 480 suiv., 780 et no 779 sur le régime anti-double imposition antérieurement en place dit d'avoir fiscal. Sur le traitement des pertes des sociétés de capitaux par le droit fiscal dans les deux pays sous comparaison, v. M. Cozian « Précis », n° 962 suiv., 1250 suiv., L. Kontos-Manalis, t. 1, p. 408 suiv. La gestion des déficits est importante, notamment dans le cadre de montages utilisant des fusions de sociétés, v. infra, Partie II.

<sup>600</sup> V. M. Cozian, op. cit., n°s 1696 suiv. Selon le même auteur (« Précis... », éd. 2001, n° 2006), dans le passé l'acte de dissolution d'une société de capitaux « équivalait à un suicide fiscal en raison de cascade d'impositions. Le droit fiscal est à cet égard un facteur de cristallisation des structures là où une certaine mobilité est économiquement souhaitable ». Pourtant, certains allègements apportés par la suite ont amélioré la situation pour les associés et actionnaires, notamment l'application du régime de l'imposition des dividendes avec ses exonérations pour les personnes physiques au boni de liquidation.

l'imposition des sociétés de personnes était de vingt pour cent, avec épuisement de tout autre obligation fiscale des associés, avec toutefois une exception importante pour les associés dits de référence des SNC et des commandites simples- dispositif dit de rémunération d'entrepreneur ; la réforme est réputée avoir aggravé la position fiscale des petites et moyennes entreprises et supprimé un motif important pour la mise de ces entreprises sous la forme juridique de sociétés de personnes –v. art. 2 §4, 10 L2238/1994- Code d'imposition des revenus de 1994 et désormais art. 40, 58 L4172/2013, cette dernière loi introduisant un nouveau Code d'imposition des revenus)<sup>601</sup>. Il est à noter que les sociétés de capitaux du droit grec étaient imposées à leur nom, avec le régime de l'impôt sur le revenu des personnes morales lucratives à un taux proportionnel de 26% sur leur résultat - avec toutefois application jusque récemment du système dit de la « rémunération d'entrepreneur » -v. supra- pour les EPE-, et traditionnellement avec épuisement de l'obligation fiscale des associés ; une retenue à la source de dix pour cent a pourtant été introduite depuis 2008 pour les bénéfices distribués aux associés ou actionnaires et les rémunérations des administrateurs, dispositif repris par le nouveau Code (art. 54, 55, 109 C. imp. rev. de 1994, désormais 40, 58 L4172/2013). On peut remarquer que le dispositif grec de taxation des bénéfices de sociétés de capitaux est même aujourd'hui, semble-t-il, malgré l'introduction d'une retenue à la source pour les bénéfices distribués, globalement plus favorable pour les actionnaires ou associés que celui français si l'on tient compte de l'imposition au niveau de la société et l'imposition au niveau de l'actionnaire ; pour ce qui concerne les sociétés de personnes, le taux proportionnel d'imposition de leurs bénéfices et l'absence de semi-transparence aboutissent à un régime fiscal plus favorable que celui français pour les contribuables les plus aisés (les bénéfices de ces sociétés ne sont pas taxés au nom des associés éventuellement avec les taux les plus hautes de l'échelle progressive de l'impôt sur le revenu), mais d'autre part les déficits éventuels de ces sociétés ne sont pas imputables aux revenus de l'associé et est exclue de la sorte la réalisation par une telle imputation d'une économie fiscale comme celle que reconnaît le droit français, régime qui diminue par rapport au droit français le motif fiscal pour recourir à des montages avec utilisation de sociétés de personnes. Il est à noter que le droit grec permet l'imputation des pertes d'un exercice d'une entreprise sur les bénéfices des cinq exercices postérieurs (4 par. 3, 105 par. 11 Code imp. rev. de 1994, aujourd'hui art. 27 L4172/2013- v. supra sur les enjeux et la relation avec les montages). En ce qui concerne la dissolution des sociétés

---

<sup>601</sup> Etaient ainsi imposés à leur nom personnel les trois associés en nom avec les participations les plus importantes pour la « rémunération d'entrepreneur », fiction légale calculée par application du pourcentage de participation de ces associés aux 50% des bénéfices de la société, cette part des bénéfices étant soustraite au bénéfice imposable de la société.

de capitaux, le droit grec est plus favorable que le droit français aux actionnaires ou associés, le boni de liquidation étant réputé bénéfice distribué et imposé comme tel (art. 57 L4172/2013). Il est à noter que le droit français adopte comme critère de principe pour la taxation du revenu de l'activité d'une société de capitaux celui de territorialité (209 CGI), non sans certaines exceptions importantes, ayant relation avec certains montages d'évasion fiscale (mondialité-« punition »- v. 209-I, 209-B CGI et infra Partie II pour le régime des groupes de sociétés). Par contre, le droit grec adopte – à l'instar de la plupart des législations européennes – la théorie de la mondialité du revenu imposable des sociétés (2)4, 99}1 C. imp. rev., aujourd'hui 47 L4172/2013, l'article 23 de la même loi définissant les personnes morales ou entités juridiques fiscalement domiciliées en Grèce comme celles constituées selon le droit grec, celles ayant leur siège statutaire en Grèce et celles dont le siège de leur direction se trouve en Grèce), sous réserve bien sûr du jeu des conventions internationales contre la double imposition.

### **C. L'impact direct du droit fiscal sur le droit des sociétés dans les deux pays sous comparaison**

Le problème le plus important de notre point de vue et en ce qui concerne l'ordre public économique sociétaire est l'impact direct du droit fiscal sur le droit des sociétés et ses opérations utilisées par les particuliers dans le cadre de leur activité. L'administration fiscale française était particulièrement activiste en la matière, en se réclamant de la théorie de l'autonomie du droit fiscal. Elle qualifiait de la sorte la cession massive de droits sociaux – emportant changement de contrôle dans une entreprise – de cession de fonds de commerce, en taxant beaucoup plus lourdement l'opération du point de vue des droits d'enregistrement que s'il s'agissait d'une cession normale de droits sociaux. Elle refusait d'ailleurs de voir dans les opérations de restructuration des sociétés la continuité qu'y reconnaît le droit des sociétés, en les taxant comme de simples dissolutions – avec des conséquences fiscales lourdes. La jurisprudence française a toutefois finalement condamné la requalification de la cession d'un bloc de contrôle, en imposant à l'administration fiscale de respecter le droit des sociétés et ses notions ainsi que le droit des particuliers d'avoir recours aux procédés offerts par le droit des sociétés<sup>602</sup>. Pourtant, dans une série de cas le législateur français tient expressément compte de la réalité qui peut se cacher derrière l'apparence sociétaire, notamment pour ce qui concerne les sociétés à prépondérance

---

<sup>602</sup> Sur ce régime v. M. Cozian « Précis », n<sup>os</sup> 2450 suiv.



immobilière<sup>603</sup>. En ce qui concerne les restructurations, le législateur français a dû intervenir, en attribuant sous conditions un régime fiscal très favorable aux restructurations entre sociétés relevant de l'impôt sur les sociétés, dans un souci de faciliter les opérations de concentration économique (210 suiv. CGI)<sup>604</sup>. D'ailleurs, traditionnellement le droit fiscal français traitait le transfert du siège d'une société française à l'étranger comme dissolution de la société – à la différence du droit des sociétés (v. supra) – avec comme conséquence une lourde imposition de cette forme de mobilité internationale des sociétés et un effet de dissuasion prohibitif. Toutefois, en 2005 le législateur français a supprimé ce système du droit fiscal pour le transfert de siège intra-communautaire, en facilitant ainsi le « law-shopping » sociétaire dans l'espace communautaire<sup>605</sup>. Toute cette évolution protège l'autonomie du droit des sociétés face aux prétentions du droit fiscal – en facilitant aussi l'œuvre des différents montages sociétaires. Mais le droit fiscal français dispose encore de deux armes pour pouvoir réprimer des constructions ou actions abusives ou malhonnêtes et préserver l'ordre public économique fiscal, à savoir l'abus de droit fiscal (art. 64 LPF) et l'acte anormal de gestion (v. infra).

Le droit fiscal grec était généralement encore plus interventionniste que celui français face au droit des sociétés : pour commencer par les sociétés de personnes et les EPE, le législateur fiscal grec assimile par fiction légale la non-participation d'un associé à une augmentation du capital à la cession de ses droits sociaux (13 C. imp. rev. de 1994), en obligeant ainsi indirectement l'associé à participer à l'augmentation, malgré le principe du droit des sociétés de la non-obligation à des apports supplémentaires (v. supra – mais le nouveau Code d'imposition des revenus de 2013 ne reprend pas ce dispositif). Le législateur grec intervient encore plus fortement dans le domaine du droit des sociétés en ce qui concerne les restructurations, mais cette fois dans le but de faciliter ces opérations sociétaires, la concentration économique et la compétitivité internationale des entreprises grecques. Comme nous avons vu, le droit grec des sociétés reconnaît comme opérant

---

<sup>603</sup> Ainsi notamment art. 150 A bis CGI, imposant les plus-values nées lors de la cession à titre onéreux de droits sociaux des sociétés non cotées à prépondérance immobilière comme s'il s'agissait de cession d'immeuble, 726 CGI imposant avec des droits d'enregistrement à un taux de 5 pour cent la cession de tels droits (cet article donne aussi la définition de la société à prépondérance immobilière). V. aussi art. 727 CGI qui prévoit l'assimilation fiscale pour ce qui concerne le calcul des droits d'enregistrement de la cession des parts sociales effectuée dans les trois ans de l'apport en nature à la société avec la cession des biens apportés à cette dernière.

<sup>604</sup> V. sur la non identification de la cession massive de droits sociaux avec celle d'un fonds de commerce C. cass. (Ch. com.) Beauvallet-Naturana Rev. soc. 1985, p. 406, note J.-P. Sortais, RTD com. 1986, p. 685, obs. M. Jeantin. Sur les conditions de l'octroi du régime fiscale favorable pour les restructurations v.

<sup>605</sup> V. sur cette réforme et les conditions qu'elle pose M. Menjuq « Droit international et européen des sociétés », n° 444.

transmission universelle de patrimoine seulement les fusions et scissions entre AE ou en AE, les fusions entre EPE et les fusions entre IKE (v. supra). Toutefois, le législateur fiscal grec traite d'une manière identique – en octroyant un régime de fiscalité zéro pour ce qui concerne les droits de transmission et les plus-values – toutes les fusions d'entreprises en AE ou EPE, indépendamment de la forme juridique des entreprises fusionnées, même s'il s'agit d'entreprises individuelles, ainsi que l'absorption de toute forme d'entreprise par une AE et les apports partiels d'actif de provenance de toute entreprise à une AE (D1297/1972, L2166/1993, L3299/2004 –v. aussi art. 52, 54 L4172/2013, introduisant le même régime de neutralité fiscale pour toute restructuration de sociétés –fusion, scission, apport partiel d'actif- indépendamment de forme sociale des sociétés participant à ou résultant de la restructuration)<sup>606</sup>. Cette attitude influence la politique des autorités administratives contrôlant la légalité des fusions en AE, avec comme résultat, semble-t-il, la création de fait d'un nouveau droit de restructurations (bien que la doctrine majoritaire le refuse), permettant les restructurations avec transmission universelle de patrimoine plus largement que ne le fait le droit grec des sociétés<sup>607</sup>. En plus, contrairement au droit communautaire, le législateur fiscal grec dispense les restructurations de la procédure de l'évaluation des apports en nature<sup>608</sup>. Tout ce régime d'origine de droit fiscal constitue bien sûr un environnement favorable pour les différents montages sociétaires ayant recours à des restructurations – toutefois, de lege ferenda, ce serait préférable de réformer le droit grec des sociétés en matière de restructurations, au lieu de le contourner par le biais de l'intervention du droit fiscal<sup>609</sup>. Le droit fiscal grec impose d'ailleurs – à l'instar du droit social – la responsabilité personnelle et solidaire des dirigeants pour certaines obligations fiscales des sociétés de capitaux et la contrainte par corps comme voie d'exécution pour cette obligation (art. 115 C. imp. rev. de 1994) – dispositif vu par plusieurs auteurs comme une entorse certaine au principe de responsabilité limitée pour les dettes sociales dans les sociétés de capitaux ; si la contrainte par corps pour les dettes à l'égard de l'Etat et des organismes publics a été jugée inconstitutionnelle en 2010 (v. supra), le nouveau Code de

---

<sup>606</sup> Sur ce régime v. Chr. Chrysanthis in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 8, p. 59 suiv., 441 suiv. E. Perakis (en grec) « La dépendance mutuelle du droit commercial et du droit fiscal » in « Le rapport mutuel ... » (colloque précité) p. 155, not. p. 163 suiv. Par contre, pour ce qui concerne l'impôt sur la concentration de capitaux il y a exonération seulement s'il existe transformation en AE ou EPE de société déjà existante ou fusion en AE ou EPE de sociétés déjà existantes sans apports nouveaux.

<sup>607</sup> V. ainsi Chr. Chrysanthis in « Droit des AE » op.cit., p. 59 suiv. V. ainsi Chr. Chrysanthis in « Droit des AE » op.cit., p. 59 suiv.

<sup>608</sup> V. la critique d'E. Levantis (en grec) in « Le droit des sociétés commerciales », t. 4, fasc. 3, p. 26.

<sup>609</sup> Ainsi E. Perakis, « La dépendance mutuelle ... », p. 165.

procédure fiscale (L4174/2013) non seulement a repris la responsabilité solidaire fiscale des dirigeants pour une série d'obligations fiscales de leur société, mais il a aussi introduit un pareil dispositif de responsabilité solidaire pour les obligations fiscales de la société existant au moment de sa dissolution pour les actionnaires ou associés des sociétés de capitaux possédant au moins dix pour cent du capital social (art. 50 du Code), sorte de levée fiscale de la personnalité morale des sociétés de capitaux<sup>610</sup>. Intervention importante au droit des sociétés et ses conceptions traditionnelles, le droit fiscal grec a aussi imposé la forme écrite – acte sous seing privé visé par l'administration fiscale ou acte notarié –, pour la transmission entre vifs ou même à cause de mort d'actions des sociétés non cotées, dans le but de garantir le paiement préalable des droits de mutation, en imposant comme sanction du non respect de la forme la nullité de la transmission et de tout exercice de droit du cessionnaire dans la société (79 § 4 C. imp. rev. de 1994). Ce dispositif a été âprement critiqué par la doctrine commercialiste grecque comme imposant une nominativité de fait de toutes les actions non cotées et constituant une déformation importante du droit des sociétés et des valeurs mobilières (v. pourtant supra sur la nominativité obligatoire des actions des sociétés non cotées –aujourd'hui impérativement dématérialisées- en droit français)<sup>611</sup>. Selon l'opinion dominante, la réforme de 2007 du droit des AE a indirectement supprimé la nullité comme sanction dans le cas de non-rédaction d'un écrit en cas de cession des actions non cotées – mais l'obligation de rédaction de l'écrit imposée par le droit fiscal a demeuré jusqu'à l'introduction du nouveau Code d'imposition des revenus en 2013, qui n'a pas repris cette obligation<sup>612</sup>. En plus, l'administration grecque a le pouvoir d'appréhender la réalité derrière les apparences d'une société ou participation en société fictives ou, inversement, l'apport en société derrière un autre contrat fictif - du moins pour les sociétés de personnes et les EPE et dispose depuis 2013 d'un dispositif anti-fraude

---

<sup>610</sup> V. N. Rokas, p. 339. La responsabilité personnelle et solidaire existe à l'encontre des présidents, directeurs, gérants, conseillers-dirigeants et liquidateurs en cas de dissolution ou fusion pour les obligations fiscales de la société elle-même et pour celles de verser au fisc des impôts de tiers (salariés, associés ou actionnaires pour les sommes distribués) que la société doit retenir. La responsabilité personnelle et solidaire des dirigeants existe aussi durant le fonctionnement de la personne morale pour les impôts des tiers que cette dernière doit retenir et verser au fisc et pour la TVA. Plafond à la responsabilité solidaire des associés ou actionnaires est l'ensemble des sommes perçues par eux à titre de dividendes dans les trois ans avant dissolution. L'art. 50 L4174/2013 prévoit aussi la responsabilité solidaire pour les obligations fiscales de la société au moment de sa dissolution des personnes qui ont été actionnaires ou associés dans les trois ans avant dissolution pour les obligations fiscales nées dans cette période, avec le même plafond que pour les actionnaires en place. Cf. M. Cozian-A. Viandier - Fl. Deboissy n° 280, sur les conditions pour la responsabilité personnelle des dirigeants pour les dettes fiscales de leurs sociétés en droit français.

<sup>611</sup> V. E. Perakis « Le nouveau droit ... » p. 31, N. Rokas, op. cit., p. 382.

<sup>612</sup> V. sur l'ensemble du débat N. Vervessos in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 2A, p. 336 suiv.

fiscale de portée générale – des pouvoirs qui sont autant de contraintes pour certains montages sociétaires (v. infra)<sup>613</sup>.

#### **D. Conclusion provisoire sur la fiscalité, le droit des sociétés et les montages sociétaires**

La conclusion de cette comparaison sur le volet fiscal de l'ordre public économique sociétaire pourrait être que le droit fiscal respecte aujourd'hui généralement les constructions elles-mêmes du droit des sociétés dans les deux pays sous comparaison, malgré son interventionnisme en matière économique et en matière de sociétés, le risque de requalification d'une opération sociétaire étant relativement petit. Les montages sociétaires ont ainsi eux aussi un environnement fiscal assez sûr. Mais cela n'est que la règle – souffrant des exceptions importantes en cas de constructions artificielles ou de comportements malhonnêtes, l'ordre fiscal reprenant dans ces cas ses droits et moyens d'action.

### **§ 3. L'ordre public économique sociétaire et le droit des procédures collectives ou des faillites**

#### **A. Les finalités du droit des procédures collectives et la société-entreprise**

Le droit des entreprises en difficulté est un volet important de l'ordre public économique sociétaire. C'est parce que quand la solvabilité de la société est mise en doute, le droit prévoit des interventions impératives dans le jeu normal des mécanismes sociétaires, des interventions largement indépendantes de la volonté des dirigeants et des associés, car d'autres intérêts dignes de protection acquièrent la priorité : « créanciers » de dernier rang de la société, réputés posséder à ce titre le pouvoir dans l'entreprise, les associés se voient perdre impérativement ce pouvoir, si les droits des autres créanciers sur l'actif social se mettent en danger. Le traitement des entreprises en difficulté est d'ailleurs un domaine où fait avec éclat son apparition le problème de l'importance de l'entreprise – unité économique et sociale – et de sa relation avec sa forme juridique de financement et de gouvernance, autrement dit la société. Le droit des procédures collectives peut ainsi être vu soit avec une finalité principalement de satisfaction des créanciers, soit avec comme finalité la

---

<sup>613</sup> V. (en grec) D. Raïkos in « Le rapport mutuel ... » (colloque précité), p. 76 suiv.

sauvegarde de l'entreprise – avec ou sans sauvegarde de sa forme juridique, la société –, soit comme synthèse de ces deux finalités<sup>614</sup>.

### **B. L'impératif du droit des procédures collectives et la société-entreprise en droit français**

Historiquement, le droit français des procédures collectives a été un droit de la faillite, d'un traitement du commerçant- débiteur insolvable dans le but de la satisfaction collective de ses créanciers, par exclusion de l' « individualisme » du droit commun des voies d'exécution, jugées incompatibles avec les besoins du commerce<sup>615</sup>. Il a été aussi un droit avec comme but l'assainissement du commerce par la punition du commerçant failli. C'est cette philosophie qui a prévalu dans le Code de commerce de 1807, texte particulièrement hostile à l'égard du commerçant insolvable, sous l'influence rigoriste personnelle de Bonaparte. Cette rigueur a été progressivement assouplie et les finalités du droit des faillites ont changé, de sorte qu'un droit des procédures collectives – ou d'entreprises en difficulté – a pris naissance. Avec la loi du 25 janvier 1985 (ensuite intégrée comme Livre VI du code de commerce de 2000, réformé par la suite notamment en 2008), les finalités des procédures collectives sont désormais hiérarchiquement la préservation de l'entreprise – même de celle non commerciale –, le maintien de l'emploi et – en troisième seulement lieu – l'apurement du passif (anc. L620-1 C.com. et aujourd'hui L620-1 sur la sauvegarde et L631-1 sur le redressement). Avec le nouveau droit des procédures collectives introduit en 1985 le rôle des créanciers en ce qui concerne les finalités mais aussi l'issue de la procédure s'est par conséquent particulièrement affaibli, au profit des interventions des tribunaux (des tribunaux de commerce pour les sociétés exerçant une activité commerciale ou artisanale), avec comme organe intermédiaire de surveillance de la procédure un juge commissaire, de sorte qu'un véritable ordre public économique avec une forte intervention judiciaire a fait son apparition en la matière. Le sort de la société et de l'entreprise dépend ainsi finalement de la décision du tribunal, non seulement pour ce qui concerne l'ouverture, mais aussi l'issue de la procédure, cette dernière ayant échappé à la volonté de la masse des créanciers ; mais un mandataire judiciaire nommé par le tribunal représente toujours dans la procédure les intérêts collectifs des créanciers (L622-20, L631-14 C.com.). En plus, après 2005 l'adoption du plan de sauvegarde ou de redressement par le tribunal a comme

---

<sup>614</sup> V. sur cette question des finalités du droit des procédures collectives ou de faillites P. Didier «Droit commercial», t. 4 « L'entreprise en difficulté », PUF 1999, 3e édition, p. 32 suiv., M. Jeantin- P. Le Cannu «Droit commercial. Entreprises en difficultés», Précis Dalloz 2006, 3e édition (par P. Le Cannu), n° 11 suiv., et (en grec) L. Kotsiris «Droit de faillites», éd. Sakkoula, 6e édition, p. 627 suiv.

<sup>615</sup> Sur l'évolution historique du droit français en la matière v. P. Didier, t. 4, p. 16 suiv.

condition l'approbation préalable du projet de plan par les comités des créanciers regroupant les créanciers les plus importants, tandis que les remises de dettes, prorogations de délais et conversion des dettes en titres de capital ou donnant accès au capital nécessitent l'accord individuel des créanciers concernés non compris dans les comités, avec comme résultat une certaine restauration du rôle des créanciers pour ce qui concerne l'issue de la procédure (L626-5, L626-9 suiv., L626-29 suiv., L630-19 C.com.) ; pourtant, selon l'opinion dominante, le plan n'est pas de nature conventionnelle même après cette réforme, et le tribunal n'est pas engagé par le vote des comités favorable au plan, comme d'ailleurs leur vote négatif ou absence de vote ne signifie pas la fin des efforts d'élaborer un plan<sup>616</sup>. Les réformes récentes du droit des procédures collectives ont eu en plus comme but le renforcement du rôle de la prévention de la cessation des paiements (v. d'ailleurs les préexistants art. L611-1 suiv. C.com. sur la prévention des difficultés avec introduction d'une procédure de conciliation)<sup>617</sup>. Aujourd'hui, le droit français connaît une procédure de sauvegarde de l'entreprise en difficulté, déclenchée à la demande du chef d'entreprise avant cessation des paiements en cas de difficultés que l'entreprise n'est pas en mesure de surmonter (L620-1 suiv. C.com.-v. aussi art. L628-1 suiv. C.com. sur la procédure dite de sauvegarde financière accélérée) et une procédure de redressement déclenchée après cessation des paiements de l'entreprise (L631-1 suiv. C.com.) ; le tribunal peut d'autre part prononcer la liquidation de la société en cessation de paiements à l'ouverture ou à tout autre moment de la période d'"observation" de l'entreprise en sauvegarde ou redressement, si la situation de cette dernière est irrémédiable, ou même après l'arrêt d'un plan à l'issue de la procédure, en cas d'inexécution de ce dernier (L640-1 suiv. C.com.)<sup>618</sup>.

---

<sup>616</sup> Sur l'élaboration et l'adoption des plans de sauvegarde ou de redressement v. P. Le Cannu, op. cit., nos 850 suiv., 882 suiv., G. Blanc « Entreprises en difficulté (Plan de sauvegarde et de redressement) », in Rép. de droit commercial Dalloz. Avant 2005, il était reçu que les créanciers ne pourraient pas être obligés à des remises de dettes sans leur consentement. Aujourd'hui, avant l'adoption du plan après le vote favorable des comités, le tribunal doit s'assurer que les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés (art. L626-31 du Code). Mais le tribunal apprécie aussi plus généralement la viabilité du plan qui lui est proposé. En cas de rejet du plan par les comités ou d'absence de vote de leur part, l'art. L626-34 du Code prévoit la reprise de la procédure pour élaborer un plan selon les art. L626-5 à L626-7, dispositif qui semble écarter désormais le rôle des comités pour la préparation du nouveau plan. Sur la constitution et les modalités de prise de décision des comités des créanciers v. L626-29 à L626-30-2 du Code, P. Le Cannu, op. cit., nos 857 suiv., avec une critique de l'efficacité du dispositif les concernant.

<sup>617</sup> Sur cette réforme v. P. Le Cannu, op. cit., n° 190 suiv.

<sup>618</sup> La réforme de 2005 du droit de procédures collectives a d'ailleurs supprimé le système traditionnel d'ouverture de plein droit des procédures parallèles à l'encontre des associés en nom une fois la procédure contre la société en nom collectif ou commandite ouverte. V. P. Le Cannu, op. cit., n° 694.

Aujourd'hui, pour le droit français, toute société ayant la personnalité morale – et non seulement les sociétés commerciales – peut faire l'objet d'une procédure collective (L620-2, L631-2 C.com.). L'ouverture de la procédure collective ne vaut pas en principe dissolution de la société : ni la procédure de sauvegarde, ni même la procédure de redressement n'emportent dissolution de la société, car la finalité de ces procédures est la continuation de l'entreprise et de sa forme juridique, la société. Seule la prononciation judiciaire de la liquidation emporte dissolution de la société (1844-7 C.civ.) et liquidation de son actif, selon une procédure et un classement des créanciers dérogeant fortement à celui de la liquidation amiable du droit commun. Il est d'autre part vrai que la liquidation – avec la dissolution de la forme juridique de l'entreprise – tout en étant en droit l'exception, est en fait la règle dans la pratique des procédures collectives, réalité qui vide pour une grande partie de sens la caractérisation du droit français des procédures collectives comme droit de sauvegarde des entreprises<sup>619</sup>. La période d'observation suivant l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement, avec comme finalité l'adoption par le tribunal d'un plan d'assainissement de l'entreprise, comporte des interventions impératives certaines aux mécanismes du droit des sociétés : les mandataires sociaux subissent ainsi la cohabitation avec un ou plusieurs administrateurs judiciaires dans le cadre de la procédure de sauvegarde (L622-1 C.com.- surveillance du débiteur dans la gestion de son patrimoine par le ou les administrateurs nommés par le tribunal ou assistance de leur part de tous ou certains actes du débiteur, collaboration entre dirigeants et administrateur pour établir le projet plan de redressement allant être proposé aux créanciers et au tribunal), tandis qu'ils peuvent même être dessaisis au profit de ce ou ces administrateurs dans le cadre d'une procédure de redressement (L631-12 C.com. –c'est d'ailleurs l'administrateur qui établit dans ce cas le projet de plan de redressement, avec le concours des dirigeants) ; le dessaisissement au profit du liquidateur nommé par le tribunal est d'autre part de droit dans le cas de la prononciation de la liquidation judiciaire (L641-9 C.com.- mais le dessaisissement ne signifie pas en principe fin des fonctions des dirigeants, sauf disposition contraire des statuts ou décision contraire de l'assemblée, avec en plus possibilité en cas de nécessité de nomination en justice d'un mandataire à la place des dirigeants sur requête de tout intéressé, du liquidateur ou du ministère public). En plus, en cas d'arrêt d'un plan dans le cadre de la procédure de redressement (plan élaboré par l'administrateur avec le concours du débiteur) par le tribunal, ce dernier peut prendre des mesures particulièrement

---

<sup>619</sup> En 2002, 90% des procédures collectives étaient en fait des liquidations judiciaires, selon le rapport de Roux (As. Nat., n° 2095, p. 85). Ainsi, la liquidation judiciaire, bien qu'en droit procédure collective d'exception, est dans les faits la procédure commune.

drastiques à l'égard des dirigeants sociaux, mesures constituant des atteintes certaines aux principes du droit des sociétés concernant les dirigeants et aux droits propres des associés, dans le but de garantir les conditions d'un assainissement de l'entreprise. Il peut ainsi sur demande du ministère public faire dépendre l'adoption du plan de redressement d'une société du remplacement d'un ou plusieurs dirigeants et imposer l'incessibilité totale des droits sociaux des dirigeants de droit ou de fait, l'exercice de leur droit de vote par mandataire judiciaire et même la cession forcée de leurs droits sociaux –leur valeur étant déterminée par un expert- dans le but de faciliter la reprise de la société (L631-19-1 C.com.). D'ailleurs, durant la période d'observation de la procédure de redressement de la société, les droits sociaux ou valeurs mobilières donnant accès au capital possédés directement ou indirectement par les dirigeants de droit ou de fait sont bloqués et incessibles, sous peine de nullité de la cession, sauf autorisation du juge-commissaire et selon les conditions fixées par le tribunal (L631-10 C.com.). Le plan arrêté dans le cadre de la procédure du sauvegarde ou de redressement peut d'ailleurs prévoir des augmentations de capital ou autres modifications statutaires auxquelles les associés sont obligés de consentir, sauf s'ils choisissent la prononciation de la liquidation par le tribunal, et en plus, d'une façon plus empreinte d'ordre public économique, ce dernier peut imposer des restrictions aux pouvoirs des dirigeants, en rendant certains biens inaliénables, si cela est jugé nécessaire pour la réussite du plan (art. L626-3, L626-14 à L626-17, L631-19 C.com.). Il est à noter que le droit français prévoit aussi la possibilité d'une dissociation par décision de justice entre l'entreprise et sa forme juridique, la société, avec cession forcée de l'actif et du réseau contractuel de l'entreprise à un repreneur qui offre les meilleures conditions pour le maintien de l'emploi dans l'entreprise et la satisfaction des créanciers et avec disparition de la société, les créanciers sociaux se voyant distribuer le prix de la cession (cession d'entreprise – aujourd'hui L631-22, L642-1 suiv. C.com., vue principalement comme modalité de liquidation)<sup>620</sup>.

### **C. Le droit grec des faillites et la société-entreprise**

Le point de départ historique du droit grec des faillites a été le même avec celui du droit français, car le législateur grec a introduit après l'Indépendance avec le Code français de 1807 son livre III consacré aux faillites<sup>621</sup>. L'évolution du droit grec a toutefois adouci le traitement du débiteur failli (peu de choses ont survécu d'ailleurs dans cette évolution du

---

<sup>620</sup> V. G.Couturier « Le plan de cession instrument de restructuration des entreprises défailtantes », *Bul. Joly sociétés*, février 2008.

<sup>621</sup> Sur le droit grec des faillites avant la réforme de 2007 v. L. Kotsiris «Droit des faillites», 6e édition, et sur l'évolution historique p. 37 suiv.



texte de 1807). Néanmoins, le droit grec est resté essentiellement un droit de la faillite (en grec *ptokhefsi*, littéralement appauvrissement), avec comme but la satisfaction collective des créanciers sociaux, la continuation éventuelle de l'entreprise étant dépendante du consentement de la collectivité des créanciers, sous homologation du tribunal. Destinée seulement aux sociétés commerciales (en principe seulement à celles avec personnalité morale<sup>622</sup>), l'ouverture de la faillite en cas de prononciation de la cessation de paiements par décision du tribunal emportait dissolution de plein droit des sociétés de capitaux, avec dessaisissement des organes sociaux de l'administration du patrimoine social au profit d'un syndic, sans toutefois suppression de ces organes sociaux. Ce droit des faillites n'a pas été jugé pertinent par les autorités grecques pour faire face à la crise industrielle des années 1970 et 1980. Au lieu de refondre le droit traditionnel des faillites et en faire un droit visant principalement au redressement des entreprises, comme a fait - du moins en théorie- le droit français, le droit grec a introduit un dispositif interventionniste d'assainissement des entreprises en difficultés parallèle au droit des faillites, dispositif dont l'application a été confiée au pouvoir exécutif, impliquant des interventions majeures au droit classique des sociétés (L1386/1983). Le législateur a ainsi autorisé le Ministre de l'Economie soit à imposer à des entreprises importantes en difficultés des augmentations forcées du capital réservées à des personnes déterminées, le plus souvent des banques contrôlées par l'Etat, dans le but de récapitalisation de ces sociétés par compensation des nouveaux apports avec les créances sur la société, soit à mettre ces sociétés sous l'administration d'un organisme de droit public (OAE – Organisme de restructuration des entreprises). Le nouveau dispositif, contenant des éléments de montage de provenance législative, a divisé la doctrine, il a été jugé par la jurisprudence grecque conforme à la Constitution du pays, mais la CJCE l'a jugé contraire à la 2e directive européenne sur les sociétés, selon laquelle les augmentations du capital sont de la compétence exclusive de la collectivité des actionnaires<sup>623</sup>. Il a été remplacé au début des années 1990 par un autre dispositif

---

<sup>622</sup> Avec l'exception des sociétés non normalement publiées, mais développant une activité commerciale publique, sur le fondement de la construction de la société en nom anormale ou de fait (v. infra – d'ailleurs pour la doctrine dominante, ces sociétés ont la personnalité morale). L'opinion dominante n'acceptait pas dissolution de plein droit de sociétés de personnes comme conséquence de leur faillite, mais ouverture de plein droit à l'égard des associés de procédures parallèles- v. L. Kotsiris, op. cit., p. 128.

<sup>623</sup> CJCE 24.31992, D.S.AE et EPE 1992, p. 997. Pour des décisions de la jurisprudence grecque jugeant le dispositif conforme à la Constitution v. StE (CE grec). As. Pl. 1095/1987 EEmpD 1987, 396, Areios Pagos As Pl 31/1990 EEmpD 1991, t. 6. Sur l'ensemble du débat v. (en grec) Th. Liakopoulos « Droit d'assainissement et de liquidation d'entreprises », éd. Sakkoula 1994, L. Kotsiris, op. cit., p. 627, E. Perakis « Introduction au droit d'assainissement d'entreprise », éd. Sakkoula, 1987.

d'assainissement des entreprises, de logique beaucoup plus contractuel que le précédent, sous contrôle judiciaire (L1822/1990) <sup>624</sup>. En 2007 un Code de faillites (Ptokheftikós Kódikas) a été introduit, remplaçant l'ancien droit des faillites de l'EN et supprimant le régime parallèle d'assainissement<sup>625</sup>. La continuation de l'entreprise se trouve dans le nouveau droit, mais, à la différence du droit français, comme modalité (même principale, selon le texte de la loi) de la satisfaction collective des créanciers du débiteur en cessation des paiements (ou en cessation de paiements imminente, en cas de demande du débiteur lui-même d'être déclaré en faillite), cette satisfaction demeurant la finalité suprême de la faillite (art. 1, 3 C. des faill.). Aujourd'hui, comme en droit français, la capacité de faillite est reconnue à toutes les sociétés à but économique avec personnalité morale, même non commerciales (2 § 1 C. des faill., selon lequel ont la capacité de faillite toutes les groupements de personnes ayant la personnalité morale morale à but économique), et même aux sociétés non publiées mais exerçant une activité commerciale (art. 251 par. 3 L4072/2012 –v. infra). Une fois la faillite prononcée en justice, la société personnifiée –y compris désormais les sociétés de personnes- est impérativement de plein droit dissoute (art. 96 § 1 C. des faill.- v aussi 47a § 1 L2190/1920, 44 § 1 L3190/1955, L4072/2012) ; le droit grec ne reprend pas de la sorte la distinction du droit français entre procédure de redressement et procédure de liquidation. Les associés en nom ou commandités des sociétés de personnes commerciales déclarées en faillite sont eux-mêmes aussi de plein droit personnellement en situation de faillite (art. 7 par. 4 du C. des faill.). La prononciation de la faillite emporte en principe désaisissement des organes sociaux de l'administration du patrimoine de l'entreprise de la société, au profit d'un syndic nommé par le tribunal et agissant sous la surveillance d'un juge rapporteur (art. 17 du Code- v. toutefois art. 18, permettant au tribunal de laisser au débiteur l'administration de son patrimoine, si la faillite a été prononcée à sa demande, toujours toutefois avec la coopération obligatoire du syndic) ; mais les organes sociaux ne sont pas supprimés (art. 96), à la différence de la liquidation amiable (v. supra), dont la procédure est plus généralement écartée. La procédure de faillite peut aboutir à une issue conventionnelle, par l'adoption d'un plan dit de réorganisation de l'entreprise, proposé par le débiteur (dans le cadre des sociétés sa volonté est exprimée par les organes sociaux) ou le syndic mais avec approbation du débiteur, approuvé par la masse des créanciers et homologué par le tribunal (art. 107 suiv. du Code –comp. avec la procédure d'adoption du plan de sauvegarde et de redressement en droit français après la

---

<sup>624</sup> Sur ce régime v. (en grec) L. Kotsiris–R. Hadjinikolaou-Angelidou « Droit d'assainissement et de liquidation d'entreprises en difficultés », éd. Sakkoula, 2002, 2e édition.

<sup>625</sup> Sur le droit grec des faillites après la réforme v. L. Kotsiris « Droit des faillites », 7e édition, 2008, Sp. Psychomanis (en grec) « Droit des faillites », éd. Sakkoula, 2007, 3e édition.

réforme de 2008) ; le plan peut prévoir des remises de dettes, des prorogations de délais, mais aussi des modifications structurelles de l'entreprise relevant du droit des sociétés, notamment conversion de titres de créances en droits sociaux et transformations ou fusions, l'application de ces modifications pouvant être rendue par le tribunal soit préalable obligatoire, soit condition suspensive de l'homologation (art. 123 du Code)<sup>626</sup>. L'homologation, une fois devenue inattaquable par des voies de recours ordinaires, ouvre voie à la "résurgence" de la société dissoute et la récupération de sa pleine capacité de jouissance, avec son « rétablissement » par décision de justice après le remboursement du capital et des intérêts de ses dettes exigibles avant la prononciation de la faillite (168 suiv. C. des faill.). Après vérification des créances et en cas d'inexistence ou échec ou annulation d'une telle issue conventionnelle, la procédure de faillite aboutit à la liquidation judiciaire par le syndic dite « union des créanciers » (énoci pistotòn, 132 suiv. du Code). La réforme de 2007 a introduit dans le cadre de la liquidation judiciaire une possibilité de cession forcée de l'entreprise rappelant celle du droit français, l'entreprise étant conçue comme son actif et les autorisations administratives éventuellement nécessaires pour l'exploitation, par décision de l'assemblée des créanciers contrôlée par le tribunal, effectuée par voie d'adjudication par le syndic au mieux offrant selon les intérêts des créanciers, sans responsabilité du cessionnaire pour le passif, en dissociant ainsi le sort de l'entreprise de celui de sa forme juridique, la société, qui est dissoute et liquidée (84,135 suiv. C. des faill.). Elle a aussi introduit une procédure dite d'assainissement pour les entreprises ayant la capacité de faillite et se trouvant en incapacité actuelle ou imminente de faire face à leur passif exigible de façon générale, sous contrôle judiciaire, avec nomination possible d'un médiateur, dans le but de traiter les difficultés de l'entreprise en évitant la faillite, procédure évidemment plus orientée vers la préservation de l'entreprise que la faillite, le Code prévoyant toutefois que la procédure en cause ne doit pas nuire à la satisfaction collective des créanciers ; l'issue positive de cette procédure avec l'adoption d'un plan d'assainissement dépend en plus toujours de l'acceptation du plan par la masse des créanciers (99 suiv. du Code.). Malgré un certain rapprochement du droit grec tel qu'il résulte après sa réforme en 2007 avec les solutions du droit français tel qu'il résulte après la réforme de 2008, il demeure que la philosophie des deux droit sous comparaison en matière de procédures collectives et de leur relation avec le droit des sociétés est encore différente, car le droit français est un droit – du moins théoriquement - tourné en priorité vers le sauvetage de l'entreprise en difficultés

---

<sup>626</sup> Selon l'art. 124 du Code, le tribunal peut refuser l'homologation pour défauts d'éléments obligatoires du plan exigés par la loi, pour vices de procédure dans son acceptation, si ces infractions pourraient jouer un rôle essentiel dans l'acceptation, pour acceptation résultant de dol ou fraude, pour des raisons de protection de l'intérêt général ou de celui des créanciers dissidents.

(et, si possible, de sa forme juridique, la société), tandis que le droit grec est en principe tourné vers la satisfaction des créanciers de cette entreprise, avec comme conséquence un rôle plus important de ces derniers dans l'issue de la procédure et, corrélativement, un moindre rôle de l'ordre public dans cette dernière .

#### **D. L'ordre public économique des procédures collectives et les montages sociétaires**

Le droit des procédures collectives (ou de faillites) n'est pas étranger au phénomène des montages sociétaires<sup>627</sup>. Les auteurs français citent ainsi l'existence de constructions juridiques sociétaires visant essentiellement à faire reprendre le contrôle de l'entreprise en difficultés par des personnes que les autorités judiciaires ont voulu exclure de la société (v. ainsi l'art. L642-3 C.com. visant à faire face à de tels procédés éventuellement utilisés dans le cadre de la cession d'entreprise du droit français) ou, d'une manière plus conforme aux finalités du droit des procédures collectives, de procédés visant à faire passer le contrôle de la société en procédure collective aux associés minoritaires ou à des tiers durant déjà la période d'observation<sup>628</sup>. Le dépôt de bilan peut d'ailleurs être vu parfois comme un acte de gestion de la société – pièce d'une tactique juridico-économique plus générale, qu'on pourrait rapprocher des montages<sup>629</sup>. Des techniques de restructuration utilisant la transformation de créances en capital ou la transmission universelle du patrimoine de la société débitrice sont en outre souvent rencontrées dans le cadre des procédures collectives, notamment en France<sup>630</sup>. Inversement, l'application éventuelle du droit des procédures collectives complique beaucoup le dénouement de certains montages sociétaires, notamment dans le cadre d'opérations de capital-investissement (v. infra sur le sort des clauses statutaires restreignant la libre cessibilité des droits sociaux dans le cadre des efforts de sauvetage de l'entreprise en difficultés en droit français). Le droit des procédures collectives (ou des faillites) et ses contraintes peuvent aussi bien sûr être un motif négatif dans certains montages sociétaires visant à renflouer comme totalité (ou

---

<sup>627</sup> Sur le droit des procédures collectives et les montages de restructuration des entreprises en difficultés v. J.-Ph. Dom, thèse précitée, n° 304 suiv.

<sup>628</sup> V. sur les efforts de reprise de l'entreprise sous procédure collective par les dirigeants de la société qui est la forme juridique de l'entreprise J.-Ph. Dom, thèse précitée, n° 317, et sur les efforts de prise de contrôle par les minoritaires ou des tiers durant la période d'observation, P. Le Cannu, précis précité, no 853.

<sup>629</sup> J.-Ph. Dom, op. cit., n° 315 suiv.

<sup>630</sup> V. F-X Lucas « Restructuration des sociétés en difficulté » in « Ingénierie financière, juridique et fiscale », Dalloz 2009 nos 97.00 suiv.]

seulement en partie) l'entreprise en difficulté, dans le but d'éviter le recours aux contraintes juridiques suivant la cessation des paiements, par le recours par exemple à la technique du « coup d'accordéon » (v. infra, Partie II). Il est à noter que de tels montages, concernant des entreprises importantes pour la collectivité, sont parfois dans les deux pays sous comparaison d'inspiration étatique, même dans un cadre jusque récemment de recul de l'interventionnisme de l'Etat<sup>631</sup>. D'autre part, se pose le problème du degré de résistance de certaines constructions juridiques du droit des sociétés qu'on peut qualifier de montages – notamment dans le cadre de sociétés masquant des exploitations individuelles et des groupes de sociétés – face aux impératifs du droit des procédures collectives, qui souvent tente de lever le voile de la personnalité morale de ces constructions comme abusif ; c'est ainsi dans le cadre du droit des procédures collectives que se posent souvent les questions des conditions et limites de l'utilisation normale de la personnalité morale des sociétés et des sanctions d'une utilisation anormale, à l'occasion de différents montages instrumentalisant les sociétés. On ne doit pas d'ailleurs oublier plus généralement que, si le droit des procédures collectives laisse des marges de liberté aux intéressés, des marges de liberté pouvant être utilisées dans le cadre de différents montages autour de la procédure, la liberté n'est pas le principe dans le domaine des procédures collectives, qui est empreint d'un ordre public important<sup>632</sup>.

---

<sup>631</sup> Sur de tels montages en France v. J.-Ph. Dom, op. cit., n<sup>os</sup> 321 suiv.

<sup>632</sup> V. sur les relations entre liberté et impératif en droit des procédures collectives P. Le Cannu « Entreprises en difficultés – Avant-propos », in Répertoire sociétés Dalloz, no 11.

## **CHAPITRE II : LE SYSTEME DE CONTROLE DE LICEITE ET LES SANCTIONS DE L'ORDRE PUBLIC ECONOMIQUE DE LA SOCIETE-ENTREPRISE DANS LEUR RELATION AVEC LES MONTAGES**

Evidemment l'ordre public économique sociétaire n'aurait été qu'une construction sans valeur pratique s'il n'était pas suivi de sanctions contre ses violations, afin que l'ordre violé puisse être rétabli – du moins potentiellement. L'étude du système des sanctions de l'ordre public économique sociétaire est ainsi importante pour l'appréciation de l'effectivité de ce dernier dans chacun des deux pays sous comparaison – la France et la Grèce. D'ailleurs, les dispositions énonçant des sanctions font elles-mêmes partie de l'ordre public économique sociétaire, car, en premier lieu, elles ne sont pas laissés à la libre disposition des particuliers, ne serait-ce qu'à des degrés différents ; en second lieu, une disposition imposant des sanctions peut contenir elle-même de manière implicite la règle primaire d'ordre public dont la violation est sanctionnée, cette règle n'étant pas énoncée expressément ailleurs dans la loi. Cette première approche des sanctions qui accompagnent l'ordre public économique sociétaire mais aussi l'ordre public en général en France et en Grèce est en plus un préalable nécessaire pour l'étude des montages dans les deux pays, car le système des sanctions est critique pour l'environnement juridique et les contraintes pesant sur ces constructions d'origine privée : d'une part, les promoteurs des montages sociétaires peuvent agir avec le motif de se trouver par le biais de leurs constructions à l'abri du pouvoir de sanction du droit ; d'autre part, et en sens inverse, les sanctions accompagnant l'ordre public économique sociétaire marquent de la manière la plus énergique les limites de la liberté d'agir des particuliers en matière de sociétés, en constituant ainsi des contraintes – ou même des risques – à prendre en compte pour les promoteurs des différents montages sociétaires.

La première approche des sanctions que les deux ordres public économiques sociétaires – français et grec- imposent aux constructions juridiques ou même aux personnes qui les enfreignent ne peut commencer que par l'étude des sanctions de droit privé ainsi que par une référence aux grands mécanismes de contrôle de licéité du droit privé général et du droit des sociétés, le recours auxquels est préalable nécessaire à l'application des sanctions (Section I). Mais l'implication de l'intérêt général dans la vie des

sociétés - typiquement formes juridiques de financement, d'organisation et de gouvernance des entreprises privées- ou l'étendue des intérêts privés mis en jeu par celles-ci aboutit souvent à l'introduction de sanctions relevant du droit public : des sanctions administratives et – chose encore plus importante – des sanctions pénales (Section II).

### **Section I: Mécanismes de contrôle et sanctions de droit privé dans la censure des violations de l'ordre public économique sociétaire pour les deux droits sous comparaison**

La compréhension du système de sanctions de droit privé de l'ordre public économique sociétaire dans les deux pays sous comparaison ne peut commencer que par un examen du dispositif de droit commun de censure des actes juridiques irréguliers ainsi que des grands mécanismes de contrôle de régularité du droit commun pouvant être utilisés dans le contrôle des montages par les deux droits. Ainsi, une approche du point de vue du droit de l'entreprise ne peut échapper à une étude des grands mécanismes de contrôle de régularité et des sanctions de l'irrégularité du droit commun, manifestation du maintien d'une autonomie du système juridique face à l'économie. En plus, si le phénomène des montages est largement une tentative de « recontractualisation » du droit des sociétés et de renforcement du rôle du droit des obligations en matière de sociétés, il est normal que les grands mécanismes de contrôle de régularité du droit des obligations ou des principes généraux du droit civil grec trouvent eux aussi un rôle renforcé dans la vie des sociétés et au sein d'un ordre public économique sociétaire largement conçu. D'ailleurs, on ne peut pas vraiment comprendre l'environnement juridique des montages dans les deux pays sous comparaison sans une présentation des mécanismes d'appréciation de licéité des actes juridiques privés, autrement dit les mécanismes d'appréciation de leur conformité avec l'ordre public – un domaine dans lequel existent des différences importantes entre le droit français et le droit grec (par. 1). Ce premier paragraphe est ainsi particulièrement important pour l'appréciation de l'environnement juridique des montages construits *ratione societatis* avec concours aux techniques contractuelles. Le pas suivant concerne logiquement le sort particulier réservé aux sociétés elles-mêmes irrégulières, les deux droits sous comparaison tendant dans l'un ou l'autre degré à façonner des régimes fortement dérogoires par rapport au droit commun, en tenant compte de la réalité de l'entreprise telle qu'elle est aujourd'hui juridiquement exprimée (même imparfaitement- v. supra) par les sociétés et le besoin de sa protection ; le régime des sociétés irrégulières constitue ainsi un facteur très important dans l'environnement juridique de l'utilisation et de l'instrumentalisation des

formes sociétaires par les promoteurs des différents montages (}2). La section sera achevée avec la présentation des sanctions découlant d'un fonctionnement irrégulier d'une société elle-même en principe régulière, question importante notamment pour l'environnement juridique des montages utilisant le recours aux actes des organes sociaux (}3).

## **§ 1. Les sanctions des actes juridiques et les grands mécanismes de contrôle de régularité du droit privé commun dans leurs relations avec les montages**

Dans une première étape seront présentés les dispositifs de sanction de droit privé commun des actes juridiques défectueux dans les deux droits sous comparaison (A), tandis que dans une seconde étape seront présentés pour chacun de ces droits les grands mécanismes de contrôle de régularité des actes juridiques de droit privé commun pouvant aboutir à l'activation des dispositifs respectifs de sanctions dans leur relation avec le phénomène des montages en général (B).

### **A. Les sanctions de droit privé commun des actes juridiques défectueux dans leur relation avec l'ordre public en droit français et en droit grec**

#### **Généralités**

Les deux droits sous comparaison – celui français et celui grec- diffèrent assez quant aux causes générales de défectuosité des actes juridiques de droit privé, comme d'ailleurs quant aux classifications des actes juridiques défectueux, ces différences reflétant d'ailleurs souvent des points de vue divergents sur la notion même et le contenu de l'ordre public en général.

#### **La nullité des actes juridiques en droit français- ses causes**

De droit commun, l'acte juridique défectueux dès le moment de sa formation est pour le droit français en principe nul<sup>633</sup>. Cette nullité de l'acte juridique et plus particulièrement du contrat, qui est l'acte juridique de référence pour le droit français, est due d'un point de vue général (à savoir outre dispositions spéciales impératives prévoyant expressément la nullité)

---

<sup>633</sup> Sur la nullité et les autres formes de défectuosité de l'acte dès le moment de sa formation et postérieurement v. les manuels de droit des obligations de J. Carbonnier n<sup>os</sup> 104 suiv., J. Flour-J. L. Aubert n<sup>os</sup> 321 suiv., F. Terré- Ph. Simpler-Y. Lequette, n<sup>os</sup> 389 suiv., Ph. Malaurie-L. Aynès n<sup>os</sup> 271, Y. Picod « Nullités », Répertoire de droit civil Dalloz.



à l'échec du contrat de réunir les quatre conditions de validité des conventions (art. 1108 C. Civ.) : capacité des parties contractantes, consentement existant et non vicié d'erreur, dol ou violence, objet de l'obligation en résultant licite, possible et déterminé, cause de l'obligation existante et licite (« licite » signifie non contraire à la loi impérative, à l'ordre public « virtuel » et aux bonnes mœurs, autrement dit à l'ordre public pris à un sens large- v. en plus infra sur la fraude comme cause éventuelle de nullité du contrat)<sup>634</sup>. A ces conditions de validité, on doit ajouter l'observation de la forme quand la loi exige impérativement une forme solennelle pour la conclusion du contrat, par dérogation au principe consensualiste du droit français. Seulement à titre d'exception, le droit français considère dans certains cas comme défectueux le contrat lésionnaire, à savoir celui déséquilibré au détriment de l'une des parties, en le réputant « rescindable », autrement dit grosso modo nul (1118, 891, 1674 C.civ.). Selon la doctrine dominante, l'ordre public – « textuel » ou « virtuel » – joue son rôle dans le contrôle de la validité – et éventuellement la nullité - du contrat par le biais des notions d'objet et de cause, ces deux notions constituant les mécanismes fondamentaux de contrôle de licéité du contrat, autrement dit de sa conformité avec l'ordre public<sup>635</sup>. Toutefois, les conditions de validité du contrat se référant à la capacité du contractant, à l'intégrité de son consentement, à la forme ad solemnitatem et à la prohibition exceptionnelle de la lésion ne peuvent pas être écartées en amont par la volonté des particuliers et visent à la protection de l'autonomie de la volonté comme principe fondamental du droit privé français – de sorte qu'on peut les englober elles aussi à la notion d'ordre public<sup>636</sup>.

### **Nullité et annulabilité en droit grec- leurs causes**

A la différence du droit français, le droit grec, comme celui allemand, distingue en principe les actes juridiques défectueux dès le moment de leur formation en actes nuls et actes annulables<sup>637</sup>. Sont ainsi nuls (àkyres) les actes juridiques effectués par une personne incapable pour effectuer personnellement à son nom des actes juridiques (art. 128 suiv. AK, avec les différentes formes d'incapacité). Sont aussi nuls pour le droit grec les actes

---

<sup>634</sup> Si le rôle de la cause existante et licite est en expansion en droit des affaires, par contre le rôle de l'exigence d'un objet déterminé ou du moins déterminable est en déclin dans ce même domaine v. C. cass. As. pl. 1er déc. 1995 (4 arrêts, portant sur la détermination du prix au sein des contrats-cadre), D 1996, concl. Jéol note L. Aynès, JCP 1996 II 22565 note J. Ghestin, RTD civ. 1996, 153 obs. J. Mestre – V. aussi la critique de cette solution par F. Terré - Ph. Simler - Y. Lequette, n<sup>os</sup> 279 suiv. Pour plus de détails sur le rôle de la cause dans le contrôle des montages v. infra.

<sup>635</sup> Ainsi J. Flour – J. L. Aubert op. cit., n<sup>o</sup> 241, 275 suiv., Ph. Malaurie- L. Aynès op. cit. n<sup>o</sup>

<sup>636</sup> Ainsi M. -C. Vincent Legoux, thèse précitée p. 133-135, 201 suiv.

<sup>637</sup> V. sur les nullités et les autres formes de défectuosité les manuels de principes généraux de droit civil de G. Balis, p. 192 suiv., Ap. Georgiadis, p. 489 suiv., N. Papantoniou, p. 416 suiv. Sur le droit allemand. v. F. Ferrand, op. cit., n<sup>os</sup> 203 suiv., 233 suiv.

juridiques simulés (avec inopposabilité de la nullité aux tiers ignorant la simulation- 138, 139 AK- v. infra) ou effectués sans respect de la forme ad solemnitatem exigée éventuellement par des dispositions spéciales par dérogation au principe consensualiste adopté par le droit grec (159 § 1 AK), ceux contraires à une disposition impérative de la loi (174 AK) et ceux contraires aux bonnes mœurs (ces dernières étant plus largement comprises qu'en droit français- 178-179 AK - v. aussi infra). Plus particulièrement, l'art. 174 AK sur la nullité des actes juridiques contraires à la loi impérative répète la formulation du §134 du BGB allemand. Sans se référer à l'objet ou à la cause de l'acte juridique (à la différence du droit français), il déclare nuls les actes juridiques contraires à une disposition « prohibitive » de la loi, « sauf si quelque chose différent résulte » (étant entendu : de la loi). Comme « disposition prohibitive de la loi », on doit entendre selon la doctrine toutes les dispositions impératives – d'ordre public – interdisant ou prescrivant une action et par rapport auxquelles un acte juridique de droit privé est irrégulier. Si la disposition n'est pas explicite, c'est l'examen par l'interprétation de la finalité de la disposition qui va finalement décider de son caractère ou non d'ordre public. Ainsi, l'art. 174 vise à sanctionner les actes juridiques contraires à des dispositions de la loi qui, tout en étant impératives, ne prononcent pas expressément la nullité comme sanction de la violation de leurs prescriptions ou interdictions. Toutefois, comme en droit allemand, la nullité de l'acte juridique heurtant une disposition impérative de la loi n'est pas automatique : c'est toujours l'examen des finalités de la disposition impérative en cause qui va déterminer si son but impose ou non la nullité comme sanction de l'acte juridique effectué en violation de ses prescriptions ou prohibitions. En plus, l'art. 365 AK – sans modèle en droit comparé – complique les choses, en distinguant entre acte juridique lui-même prohibé et acte juridique avec objet de prestation prohibé, ce dernier n'étant pas (à la différence du droit français) nul, le créancier pouvant demander au débiteur son intérêt positif au lieu de l'exécution de la prestation prohibée. La doctrine civiliste grecque moderne conteste l'utilité de cette disposition et en donne une interprétation minimaliste. Toutes ces dispositions générales prévoyant la nullité des actes juridiques sont bien sûr d'ordre public -mais la nullité est aussi expressément prévue comme sanction par plusieurs dispositions impératives particulières pour les actes juridiques les enfreignant. Comme on peut facilement constater, l'objet de l'obligation née de l'acte juridique ne joue pas en droit grec un rôle autonome et analogue à celui de l'objet en droit français comme critère de la validité du contrat<sup>638</sup>. A la différence du droit français, le droit

---

<sup>638</sup> A la différence de droit français l'objet impossible dès la formation du contrat ne rend pas ce dernier nul, mais il y a application des dispositions spéciales de l'AK sur la prestation impossible (335 suiv., 362, 380 suiv.). Ces dispositions sont aussi applicables en cas d'objet de

grec ne prévoit pas par une disposition de portée générale l'existence et la licéité de la cause comme condition de la validité de l'acte juridique – et, surtout, le droit grec reconnaît des actes juridiques «abstrait» (v. ci-dessous). A la différence du droit français, les actes juridiques de droit privé entachés de dol, violence ou erreur ne sont pas nuls, mais seulement annulables (akyròsimes – 140 suiv. AK).

### **Le régime applicable aux actes juridiques défectueux- sa relation avec l'ordre public**

Les deux droits présentent aussi des différences importantes quant au régime applicable aux actes juridiques défectueux. Ainsi, pour le droit français la nullité d'un contrat est toujours prononcée en justice, proposée par le biais d'une action ou d'une exception. Une fois prononcée, la nullité rétroagit, le contrat est réputé n'avoir jamais existé en droit et doit être exécuté « à l'envers », s'il avait été déjà exécuté<sup>639</sup>. Par contre, en droit grec, l'acte juridique nul est anéanti de plein droit, étant réputé, selon l'expression de la loi, comme non effectué, sans besoin de décision judiciaire, en échouant de produire les effets juridiques voulus par les parties (180 AK), tandis que l'acte juridique annulable est obligatoirement annulé en justice, l'annulabilité étant proposée par action ou voie d'exception, avec des effets en principe rétroactifs une fois l'annulation prononcée (154 suiv., 184 AK)<sup>640</sup>. Pour les deux droits sous comparaison les nullités suivent une division entre nullités absolues et nullités relatives. Les conséquences de la distinction sont pour la plupart les mêmes: la nullité absolue est proposée par tout intéressé, tandis que celle relative seulement par la personne que la loi entend protéger dans la disposition violée, la nullité absolue est relevée même d'office par le juge, tandis que la nullité relative doit être proposée par la personne protégée, la nullité absolue n'est pas susceptible de confirmation, tandis que la nullité relative l'est, mais seulement par la personne protégée. Toutefois, le caractère judiciaire de la nullité en droit français et celui extra-judiciaire en droit grec conduisent à cette différence, que la proposition de la nullité en justice par voie d'action (non par voie d'exception) est soumise en droit français à des délais de prescription extinctive<sup>641</sup>. Par contre, en droit grec

---

prestation contraire à la loi (v. ci-dessus). Pour les palliatifs du droit grec en cas d'indétermination de l'objet v. art. 371 suiv., 379. Sur l'objet de l'acte juridique ou plus exactement, de l'obligation en droit grec, v. Ap. Georgiadis (en grec) « Droit des obligations. Partie générale », éd. P.N. Sakkoula, 1999, p. 69 suiv.

<sup>639</sup> Ph. Malaurie - L. Aynès « Les obligations », n° 327.

<sup>640</sup> Sur le régime de l'annulabilité v. les ouvrages précités de « Principes généraux » de G. Balis, p. 203, suiv. N. Papantoniou, p. 440 suiv.

<sup>641</sup> Traditionnellement il s'agissait en principe de trente ans pour la nullité absolue, de cinq ans pour la nullité relative ; aujourd'hui, après la réforme de 2008, la prescription est de cinq ans pour

de telles prescriptions n'existent pas pour la nullité elle-même. Néanmoins, l'annulabilité du droit grec est soumise à un délai extinctif en principe bref, seules les victimes du vice du consentement ou leurs héritiers pouvant d'ailleurs en principe proposer l'annulabilité et pouvant aussi y renoncer<sup>642</sup>. Le fondement de la distinction entre nullités absolues et nullités relatives (ou annulabilités) est conçu de la même manière par les deux droits, les nullités absolues étant réputées servir l'intérêt général, les nullités relatives (et les annulabilités) étant réputées servir des intérêts particuliers que la loi entend protéger. De la sorte, pour le droit français, la violation des règles et principes de l'ordre public politique général ainsi que de l'ordre public économique de « direction » (v. supra, notre Introduction) mais aussi l'inobservation de la forme « ad solemnitatem » sont sanctionnées par la nullité absolue, tandis que le contrat souffrant de l'incapacité ou du vice de consentement d'un contractant, ou d'une opposition à l'ordre public de protection est nul d'une nullité relative. Mais pour la jurisprudence grecque les nullités sont de droit commun absolues, servant l'intérêt général, tandis que la nullité relative doit résulter clairement de l'attribution par la loi du droit de l'invoquer à certaine ou certaines personnes seulement<sup>643</sup>. Il en résulte que plusieurs cas de nullités qui seraient pour le droit français relatives (p.ex. fondées sur l'incapacité ou la législation protectrice des salariés ou celle du contrat contraire aux bonnes mœurs car lésionnaire de l'article 179 AK), sont pour le droit grec en principe absolues, car réputées servir l'intérêt général. Toutefois, on ne doit pas confondre en droit grec disposition d'ordre public et sanction de la nullité absolue, car on peut rencontrer des cas de dispositions réputées impératives sanctionnées par la nullité relative (en droit des sociétés, c'est le cas de l'interdiction des clauses léonines dans les sociétés des personnes -764 AK-, sanctionnée par la nullité relative au profit de l'associé exclu des bénéficiaires)<sup>644</sup>. On pourrait même rattacher à l'ordre public (au sens de l'ensemble des règles impératives) les dispositions sur l'erreur, le dol et la violence prévoyant l'annulabilité comme conséquence d'un de ces vices du consentement, car la liberté contractuelle ne peut pas les écarter en amont, et d'ailleurs elles visent à protéger le principe fondamental de droit privé de

---

les deux cas dès la connaissance de la cause de nullité ou dès le moment où la nullité aurait dû être connue, avec en tout cas un délai butoir de vingt ans dès le jour du contrat (1304, 2224, 2232 C.civ.).

<sup>642</sup> Il s'agit d'un délai de deux ans dès l'acte juridique ou de deux ans dès la fin de la situation d'erreur, de violence ou de dol, le délai ne pouvant jamais dépasser les vingt ans dès l'accomplissement de l'acte juridique (157 AK). Sur la possibilité de renonciation à ce droit v. 156 AK. La doctrine et la jurisprudence admettent, malgré la lettre de l'art. 154, la possibilité des créanciers de la victime du dol, de la violence ou de l'erreur de demander l'annulation en exerçant l'action oblique.

<sup>643</sup> Ainsi Areios Pagos (As. Pl.) 18/205, Chr. I D 2005, p. 609, obs. Tsolakidis.

<sup>644</sup> V. sur les clauses léonines dans les sociétés de personnes Th. Liakopoulos, in «Astikos Kodix» (dir. Ap. Georgiadis- M. Stathopoulos), t. 4, p. 299.

l'autonomie de la volonté. En tout cas, la doctrine grecque n'a pas dégagé, à la différence de celle française, une notion d'ordre public « de protection » étroitement liée aux nullités relatives.

### **Les nullités, le « principe de séparation » et les actes « abstraits » du droit grec**

La portée véritable des nullités en droit grec et l'impact du régime des nullités sur le phénomène des montages ne peuvent pas être compris sans référence à deux éléments qui différencient beaucoup le droit grec de celui français, à savoir le « principe de séparation » et la reconnaissance d'actes « abstraits ». Comme nous l'avons suggéré ci-dessus, le droit grec, à l'instar du droit allemand, sépare un même phénomène juridico-économique en deux actes juridiques distincts, celui créateur d'obligation (l'acte par lequel une personne assume des obligations à l'égard d'une autre) et celui de disposition (actes de transfert, de modification ou d'extinction d'un droit subjectif, par lequel l'acte créateur d'obligation est exécuté)<sup>645</sup>. L'acte créateur d'obligation (par exemple vente, donation au sens du droit grec) n'opère pas transfert de propriété solo consensu, mais il est réputé la cause juridique de l'acte (juridiquement distinct) de disposition (par exemple acte de transfert de la propriété d'un bien ou d'une créance ou de constitution d'un droit réel), autrement dit le pourquoi juridique de l'acte de disposition. Le droit grec reconnaît aussi des cas dans lesquels l'acte juridique de disposition est « abstrait », autrement dit juridiquement indépendant de l'éventuelle inexistence ou les vices de sa cause, à savoir l'acte juridique créateur d'obligation, en demeurant ainsi valable malgré les défauts de cette cause ; c'est le cas notamment pour le transfert de la propriété d'un bien meuble corporel ou d'une créance et, plus particulièrement en droit des sociétés, pour le transfert de la propriété d'actions ou de parts sociales<sup>646</sup>. Le droit grec ne va pas toutefois – à la différence du droit allemand –

---

<sup>645</sup> Sur la distinction entre acte créateur d'obligation et acte de disposition v. N.Papantoniou }54 III p.268 suiv. Sur le principe de séparation en droit allemand v. Cl.Witz, op.cit., n°11 suiv.

<sup>646</sup> Sur les actes juridiques abstraits en droit grec v. N. Papantoniou, p.278 suiv. La doctrine dominante grecque accepte toutefois que les actes juridiques de droit privé sont en principe causés, remarque qui concerne surtout les actes créateurs d'obligations. La raison d'être de la reconnaissance de l'acte abstrait est la sécurité des transactions et du crédit : l'acte abstrait offre une protection plus grande aux tiers que l'acquisition de bonne foi a non domino. Sont ainsi notamment protégés les sous-acquéreurs d'une créance cédée par son premier titulaire sur le fondement d'un acte créateur d'obligation nul ou résolu car en matière de créances il n'y a pas d'acquisition a non domino mais aussi les créanciers de la personne ayant acquis une créance ou un bien meuble sur le fondement d'un acte créateur d'obligation défectueux ou résolu. Selon J. Carbone ( « Les obligations », n°63, p.114) l'acte abstrait « est conforme à l'esprit du libéralisme, épris de circulation et attaché au secret des patrimoines ... excluant tout contrôle de la collectivité ».

jusqu'à proclamer un principe général d'abstraction pour les actes de disposition<sup>647</sup>. Le résultat de ce système adopté par le droit grec est que la nullité de l'acte créateur d'obligation pour opposition à une disposition impérative ou aux bonnes moeurs n'emporte pas en principe la nullité de l'acte de disposition « abstrait » effectué pour exécuter l'acte créateur d'obligation, sauf si le contraire résulte expressément de la loi ou résulte de l'interprétation finalisée de sa prohibition. La « séparation » et l' « abstraction » – dans la mesure où le droit grec admet cette dernière – forment bien sûr un environnement juridique différent de celui français pour les montages sociétaires ayant recours aux techniques contractuelles, en restreignant assez les effets de la nullité de l'acte créateur d'obligation, par exemple de la vente d'un bloc de contrôle d'une société. Toutefois, le caractère abstrait des actes juridiques de disposition que le droit définit comme tels n'est pas d'ordre public, les parties pouvant les rendre causés, notamment par le recours à la technique de la condition (art. 201 suiv. AK). Par contre, le caractère d'un acte juridique comme causé est en droit grec d'ordre public. Celui qui a aliéné par un acte de disposition abstrait sur le fondement d'un acte créateur d'obligation inexistant ou nul (ou résolu) a une action en enrichissement sans cause contre l'acquéreur (art. 904 suiv. AK) – avec effet en principe personnel et avec la restriction du principe *nemo auditur*.

#### **Nullités partielles – Le problème de la validité des renonciations à des droits découlant de dispositions impératives**

Deux questions particulières méritent aussi d'être abordées dans le cadre de cette première approche des nullités dans les deux droits. La première est celle des nullités partielles, à savoir la question du sort de l'acte juridique après la constatation de la nullité (ou annulabilité) d'une de ses clauses. A l'étape actuelle de l'évolution des deux droits sous comparaison, on peut dire que la nullité de l'acte tout entier comme conséquence de la nullité d'une de ses clauses n'est pas de plein droit, sans être toutefois exclue, le juge devant rechercher la volonté hypothétique des parties (v. toutefois infra pour les clauses réputées non écrites en droit des sociétés)<sup>648</sup>. La seconde question est celle de la validité ou nullité de la renonciation par son titulaire à un droit subjectif reconnu par une disposition

---

<sup>647</sup> Notamment les actes de disposition avec comme objet des immeubles sont en droit grec impérativement causés. Dans ce cas, la nullité ou inexistence de l'acte créateur d'obligation emporte de plein droit et impérativement la nullité de l'acte de disposition. Sur le principe d'abstraction en droit allemand, v. Cl. Witz n° 132 suiv, et n° 406 sur l'effort – contestable de *lege lata* – de la jurisprudence allemande d'englober dans une unité l'acte créateur d'obligation et l'acte de disposition – un effort qui n'a pas trouvé d'écho en droit grec.

<sup>648</sup> V. sur ce sujet J. Flour - J. L. Aubert n°s 357 suiv., Ap. Georgiadis, p. 496 suiv. Selon l'art. 181 AK la nullité d'une partie de l'acte juridique n'emporte pas nullité de l'acte juridique tout entier, sauf s'il résulte que l'acte n'aurait pas été entrepris sans la partie nulle.

d'ordre public<sup>649</sup>. La solution donnée par le droit français correspond généralement à celle donnée en matière de la distinction entre nullités absolues et relatives : la renonciation n'est pas possible si elle concerne un droit subjectif fondé sur une règle d'ordre public de direction, tandis qu'elle peut se faire valablement, mais seulement en aval, une fois le droit en cause né, pour les droits découlant de règles d'ordre public de protection. En droit grec, la renonciation à un droit subjectif résultant d'une disposition d'ordre public sanctionné par la nullité absolue n'est pas en principe réputée possible – mais on peut dire que cette règle souffre de dérogations, car dans certains cas de dispositions impératives dont le respect est sanctionné par la nullité absolue le droit grec permet une renonciation en aval, une fois le droit en cause né<sup>650</sup>. A fortiori, le droit subjectif résultant d'une disposition impérative sanctionnée par la nullité relative doit en principe être considéré comme pouvant faire l'objet d'une renonciation en aval – est p. ex. possible la renonciation de l'associé des sociétés de personnes aux bénéfices des exercices écoulés<sup>651</sup>. Il résulte de cette comparaison que le minimum nécessaire pour la qualification d'ordre public d'une règle juridique est dans les deux droits l'impossibilité pour les particuliers de l'écartier en amont (avant la naissance de ses conséquences juridiques dans les relations entre les parties et d'une manière générale) ; mais la cohérence entre cette position de principe et les solutions particulières données en droit français sur les renoncations aux droits propres des associés – pourtant réputés par l'opinion dominante d'ordre public – a été contestée par un auteur (v. supra sur la question des clauses statutaires pouvant être considérées comme prévoyant des « renoncations » en amont des associés à certains de leurs droits propres, notamment celui de prohibition d'augmentation de leurs engagements et de celui de rester associés et notre position sur le débat quant à la relation de ces clauses statutaires avec le caractère d'ordre public des droits propres en cause)<sup>652</sup>.

---

<sup>649</sup> C. Houtchieff « Renonciation », in Répertoire civil Dalloz, et plus particulièrement pour les sociétés S. Schiller, thèse précitée, n<sup>os</sup> 70 suiv.

<sup>650</sup> P. ex., selon l'art. 332 AK – disposition indéniablement d'ordre public – est prohibée la renonciation aux dommages- intérêts dus à cause d'un préjudice provoqué avec dol ou faute lourde faite avant le fait générateur de ce préjudice- mais la renonciation est libre une fois le préjudice né. Sur les possibilités de transaction judiciaire (emportant renonciation partielle) du salarié en cas de contentieux né de la violation par l'employeur d'une disposition d'ordre public du droit du travail v. N. Nikas (en grec) « Procédure civile », t. 2, p. 582 suiv.

<sup>651</sup> V. Th. Liakopoulos, op. cit., p. 304.

<sup>652</sup> S. Schiller, thèse précitée, nos 105 suiv., not. no 121. Pour cet auteur, la possibilité de renonciation en amont par clause statutaire à ces droits propres met en doute l'utilité de la notion d'ordre public pour partager ce qui est permis ou non permis en droit des sociétés. Il nous semble pourtant que cette dernière conclusion est contestable : sans nier la valeur de l'effort du Pr. Schiller d'identifier les « connexions radicales » en droit de sociétés comme limitées à l'autonomie privée en la matière, nous croyons que la notion d'ordre public sociétaire ne peut que maintenir le rôle central

## **Le caractère inapproprié du régime de droit commun des actes défectueux pour les sociétés**

L'importance de ce dispositif de nullités de droit commun pour les montages sociétaires utilisant des actes juridiques de droit commun et le recours aux techniques contractuelles – par exemple pactes extra-statutaires entre associés, conventions dans le cadre de cessions de contrôle – est bien sûr évidente. Il s'agit toutefois d'un problème souvent difficile de déterminer l'impact de l'impératif du droit des sociétés stricto sensu sur de tels actes juridiques « para-sociétaires » et dans quelle mesure cet impératif est fondement de contrôle de licéité et éventuellement cause de nullité de ces actes (v. infra, Partie II). Il est manifeste d'autre part que ces deux dispositifs de droit commun des nullités des actes juridiques sont inappropriés pour la vie des sociétés elles-mêmes – formes juridiques de financement et de gouvernance d'entreprises, ayant besoin d'une sécurité juridique renforcée et de protection des multiples intérêts y impliqués. D'où la prise de conscience depuis longtemps du besoin d'un dispositif particulier pour les irrégularités dans la constitution des sociétés, avec une évolution amorcée dans les deux pays depuis longtemps et parachevée pour les sociétés de capitaux les dernières décennies, sous l'influence du droit communautaire. Avant toutefois d'entrer dans l'examen de ce dispositif particulier applicable aux sociétés elles-mêmes défectueuses, il est indispensable d'examiner de plus près l'impact des grands mécanismes de contrôle des actes juridiques dans les deux pays sous comparaison sur les montages en général.

## **B/ Les grands mécanismes de contrôle de régularité des actes juridiques et les montages en général dans les deux droits sous comparaison**

### **Généralités**

Les mécanismes de contrôle de régularité des actes juridiques des deux droits pouvant avoir un impact sur les montages en général et plus particulièrement sur les montages sociétaires sont la cause, les bonnes moeurs et le « fondement de l'acte juridique » du droit grec, la fraude et la simulation, l'abus de droit.

### **La cause comme critère de l'équilibre et de la finalité du montage**

---

dans le partage du licite et de l'illicite en droit des sociétés. Simplement, les possibilités de « renonciation en amont » dans les statuts à certains droits propres (clauses statutaires d'exclusion, clauses prévoyant des augmentations des engagements sur décision des organes sociaux) aboutissent à comprendre d'une manière différente ce qui est et ce qui n'est pas d'ordre public dans ces droits (v. supra sur notre position pour cette question, dans les développements sur les droits propres en droit français).



Le premier grand mécanisme pouvant invalider des actes juridiques pour opposition à l'ordre public et par conséquent contrôler les montages ayant recours aux techniques contractuelles et conclus *ratione societatis* est pour le droit français celui de cause, du pourquoi de l'engagement juridique d'une personne<sup>653</sup>. Comme nous l'avons déjà mentionné ci-dessus, le droit français est causaliste – il exige comme condition de la validité du contrat au moment de sa formation une cause de l'obligation en résultante existante et licite (1108 C.civ.). Le contrôle de l'existence de la cause concerne l'intérêt que présente le contrat pour celui qui s'oblige. Il s'agit d'un contrôle abstrait, objectif, standardisé selon les grands types de contrats, qui ne tient pas traditionnellement compte ni des motifs déterminants des parties, ni en principe de l'équilibre des prestations entre celles-ci (cause objective ou abstraite)<sup>654</sup>. En ce qui concerne les contrats synallagmatiques, est réputée sans cause ou avec fausse cause, emportant la nullité du contrat tout entier, seulement l'obligation de l'une des parties assumée pour une contrepartie vraiment dérisoire ou ne présentant en fait aucun intérêt pour celui qui s'oblige (déséquilibre absolu)<sup>655</sup>. Bien que la doctrine française distingue entre la nullité du contrat pour non conformité avec l'ordre public et nullité pour inexistence de cause ou fausse cause, on pourrait dire que l'exigence de l'existence d'une cause dans l'obligation est d'ordre public largement conçu, car la liberté contractuelle ne peut créer en droit français librement des actes abstraits<sup>656</sup>. D'autre part, en ce qui concerne

---

<sup>653</sup> V. note 52 de notre introduction sur la bibliographie française générale en matière de cause.

<sup>654</sup> Ainsi, dans les contrats synallagmatiques, l'obligation de chaque partie est réputée être la cause objective de l'obligation de l'autre, dans les contrats unilatéraux « réels » (prêt, dépôt) la cause objective de l'obligation du débiteur est la remise préalable des fonds ou de la chose, dans les contrats à titre gratuit (par exemple donation) la cause objective est –d'une manière essentiellement tautologique- l'"animus donandi" du donateur. Plus particulièrement pour le contrat de cautionnement, sa cause objective est la volonté de la caution d'aider le débiteur à se procurer du crédit. Sur la question des billets dits « non causés », v. J.Carbonnier « Les obligations », n° 60 suiv. et sur la question du caractère éventuellement abstrait des titres négociables v. F.Terré-Ph.Simler-Y.Lequette, n° 1298.

<sup>655</sup> V. les exemples cités par les manuels de droit des obligations de J.Carbonnier, p.137 suiv, F.Terré-Ph.Simler-Y.Lequette n°337 suiv, J.Rochfield « Cause », Rép. civ. Dalloz n° 77, ce dernier auteur citant des exemples d'inexistence de cause avec intérêt pour le droit des sociétés (cession de contrôle d'une société en fait insolvable ou dont l'actif est indisponible de sorte que l'objet social ne peut plus être poursuivi ou dont l'actif avait été aliéné, avec le même effet sur la poursuite de l'objet social) – des cas toutefois que la jurisprudence française a préféré censurer sur le fondement de l'erreur. Sur le caractère trop subtil de la différence entre absence de cause, fausse cause, erreur sur la cause v. J.Rochfield, op. cit., nos 72 suiv.

<sup>656</sup> L'exigence d'une cause dans l'obligation protège l'autonomie de la volonté (dans le cas de fausse cause-erreur) mais aussi les grands types des contrats, qui ne sont pas laissés absolument à la libre disposition des parties. Sur la cause et les « types » de contrats v. J.Rochfield, op. cit., nos 54 suiv. Sur le caractère relatif de la nullité du contrat résultant de l'absence de cause d'obligation, v. C.cass. 1ère Ch.civ. 9 nov. 1999, Defrenois 2000, 37107 n°10, obs J.-L. Aubert.

la licéité de la cause, le droit français, à la différence de ses solutions en matière d'existence de cause, tient compte non seulement du contenu de l'acte juridique (dans ce cas pour les contrats synallagmatiques illicéité de la cause de l'obligation de l'une des parties signifie aussi logiquement illicéité de l'objet de celle de l'autre), mais aussi des motifs déterminants des parties, qui doivent être conformes aux lois impératives, à l'ordre public « virtuel » et aux bonnes moeurs (cause subjective)<sup>657</sup>. Les dernières années il y a toutefois en droit français une tendance importante de la jurisprudence de faire de la cause subjective des parties - leur finalités spécifiques poursuivies par la conclusion du contrat et entrées dans le champ contractuel- non seulement un moyen de contrôle de licéité mais aussi un moyen de contrôle de l'existence de cause et de l'équilibre du contrat, évolution importante pour l'ordre public économique français<sup>658</sup>. La jurisprudence française ne refuse d'ailleurs pas désormais d'effectuer dans certains cas un contrôle de proportionnalité des engagements des parties (notamment pour les obligations de non-concurrence conclues dans le cadre de différents contrats), les relations de ce contrôle avec la théorie de la cause étant débattues dans la doctrine<sup>659</sup>. De ces développements, on peut plus généralement comprendre l'importance capitale qu'a en droit français la notion de cause pour ce qui concerne l'appréciation de la conformité d'un acte juridique de droit privé avec l'ordre public économique.

Comme nous l'avons déjà suggéré, c'est exactement par la notion de cause que le droit français accueille juridiquement le phénomène des ensembles contractuels et des montages<sup>660</sup>. Il s'agit de la cause subjective, du but poursuivi par les parties ou poursuivi par l'une d'elles et « pris en compte » par l'autre, de sorte qu'il entre dans le champ contractuel. La cause subjective commune peut bien sûr être reconnue plus facilement si tous les actes de l'ensemble contractuel ou du montage ont été conclus entre les mêmes parties, avec le

---

<sup>657</sup> Sont ainsi nuls pour cause subjective illicite la vente d'un bien ou le prêt eux-mêmes impeccables, mais qui visent en effet à la poursuite d'une activité illicite ou immorale. Pour d'autres exemples v. F.Terré-Ph.Simler-Y.Lequette, n°360 suiv. Dans son étape actuelle, la jurisprudence française va plus loin que sa solution traditionnelle qui exigeait pour la nullité d'un contrat synallagmatique pour cause illicite au moins la connaissance des motifs illicites de l'une des parties pour l'autre ; elle accepte ainsi aujourd'hui comme cause de nullité l'illicéité des motifs de l'une des parties, même à l'insu de l'autre - C.cass 1ère Ch.civ. 7 oct. 1998, D 1998 p.563 concl. Sainte-Rose, Defrenois 1998, 2408, obs. D.Mazeaud.

<sup>658</sup> V. sur cette tendance de « subjectivisation » de l'existence de la cause C.cass. Ch.com. 3 juillet 1996, D.1997, 500, note Ph.Reigné, 22 oct. 1996, D1997, 122, note A.Sériaux., F. Terre- Ph. Simler-Y. Lequette, no 344, J. Rochfeld, nos 70 suiv., not. no 71 sur l'émergence d' une notion d'économie du contrat.

<sup>659</sup> V. J. Rochfeld op. cit. nos 42, 43.

<sup>660</sup> V. sur cette question F.Terré-Ph.Simler-Y.Lequette nos 348 suiv, J.Rochfeld nos 82 suiv, J.-Ph. Dom nos 492 suiv.

but commun de réaliser une opération juridico-économique globale ; elle peut toutefois aussi exister dans le cas de montage avec un personnage central concluant des actes juridiques avec différents cocontractants pour chaque acte juridique, soit si ces autres personnes ont eu un rôle actif dans l'élaboration du montage, soit s'ils ne pouvaient pas ignorer que l'intérêt de leur contractant se trouvait dans l'ensemble tout entier<sup>661</sup>. Les résultats de cette prise en compte des montages par le biais de la notion de cause sont importants : la jurisprudence française effectue ainsi souvent un contrôle de licéité d'un acte juridique conclu *ratione societatis* sur la base non seulement de l'examen du seul acte juridique sous contrôle, mais aussi sur la base de l'examen de la licéité du montage tout entier dans lequel l'acte en cause s'intègre. De la sorte, des contrats conclus *ratione societatis* ou même des actes des organes sociaux ont souvent été jugés valables, malgré leur contestation, parce qu'il a été jugé qu'ils s'intégraient dans des opérations globales avec des finalités licites (par exemple portage, « coup d'accordéon », pactes extra-statutaires de partage des postes d'administrateurs – v. infra, Partie II)<sup>662</sup>. En plus, cette appréciation de la cause au niveau du montage tout entier peut consolider des contrats conclus *ratione societatis* qui, pris isolément, seraient nuls pour absence de cause (par exemple vente d'un bloc de contrôle pour un prix dérisoire, mais avec comme contrepartie la reprise par le cessionnaire des engagements du cédant comme caution pour les dettes de la société)<sup>663</sup>. La tendance de la jurisprudence française vers la subjectivisation dans le contrôle de l'existence de cause ne laisse pas par ailleurs indifférent le domaine des montages et la régularité des actes juridiques les formant : ainsi, si la cause subjective commune du montage, l'opération juridico-économique globale, s'avère impossible à la suite de la nullité, de la résolution ou de la résiliation de l'un des actes du montage (par exemple nullité de la cession d'un bloc de contrôle), tombent aussi pour absence de cause les autres actes du montage (par exemple clause de garantie du passif accompagnant la cession, contrat du cessionnaire avec le banquier de la société par lequel le premier reprend les obligations de caution du cédant)<sup>664</sup>. La cause subjective commune fonde ainsi l'indivisibilité des actes formant le montage et peut entre autres effets constituer un mécanisme de propagation, au sein de l'ensemble contractuel ou du montage, des effets de la nullité résultant de l'opposition d'un acte juridique à l'ordre public économique sociétaire mais aussi un mécanisme de respect d'un

---

<sup>661</sup> V. J. Rochfeld nos 78 suiv, 82 suiv..

<sup>662</sup> V. J. Ph. Dom, nos 498 suiv, 546 suiv, D. Porrachia, nos 122 suiv., 458, et infra, Partie II de notre thèse.

<sup>663</sup> V. J. Ph. Dom, n°546.

<sup>664</sup> V. J. Ph. Dom, nos 528 suiv.

équilibre des intérêts impliqués dans le montage<sup>665</sup>. La subjectivisation du contrôle de l'existence de la cause peut d'ailleurs avoir des applications intéressantes en matière du contrôle de la validité des pactes extra-statutaires et de leurs clauses ainsi qu'en matière des conventions de cession du contrôle d'une société, avec contrôle du caractère causé ou non des obligations assumées par l'une des parties. Particularité du droit des sociétés, l'examen de l'existence ou non et de la licéité de cause pour une obligation assumée soit sur fondement de clause statutaire, soit sur celui de pacte extrastatutaire, doit prendre en compte l'intérêt social de la société que concerne l'acte juridique conclu *ratione societatis* (des engagements sans relation avec l'intérêt social pourraient être réputés sans cause et de tels engagements avec une finalité contraire à l'intérêt social seraient illicites). Plus généralement, si le contrôle de licéité des contrats conclus *ratione societatis* se fait notamment par le biais de contrôle de leur contenu par l'ordre public sociétaire, mais aussi avec recours à la notion de fraude (v. infra sur la notion de fraude en droit français et Partie II sur les problèmes de délimitation de ce qu'on peut faire par des actes extrasociétaires par rapport à l'impératif sociétaire ), on peut imaginer des cas de tels contrats nuls pour cause illicite subjective indépendamment du concours d'une fraude (contrat en soi apparemment licite mais s'intégrant dans une combinaison illicite, p. ex. contrat synallagmatique entre deux associés portant sur un bien à des termes très avantageux pour l'un d'eux, visant essentiellement à l'achat de son vote dans la société, ou contrat ayant comme motif déterminant de nuire à l'intérêt social bien que son contenu apparaisse comme neutre). D'autre part, la notion de cause illicite est utilisée pour censurer des sociétés elles-mêmes instrumentalisées dans le cadre des différents montages servant des buts frauduleux, la question de la cause illicite des sociétés étant ainsi abordée essentiellement sous l'angle de la théorie de la fraude (v. infra)<sup>666</sup>.

A la différence du droit français, la cause (*aitia*) ne peut pas jouer en droit grec un rôle original de contrôle des montages conclus *ratione societatis* avec recours aux techniques contractuelles. Non seulement le droit grec admet l'existence d'actes de disposition abstraits

---

<sup>665</sup> Sur la cause subjective comme fondement de l'indivisibilité dans l'ensemble contractuel v. F.Terré-Ph.Simler-Y.Lequette n°348 p.353. Sur la cause objective conçue comme la cohérence matérielle du montage et fondement de l'indivisibilité en matière de montages sociétaires v. J.-Ph. Dom n° 515. Sur d'autres opinions sur le fondement de l'indivisibilité, v. notre introduction note 59. Il est vrai toutefois qu'en principe l'indivisibilité des actes de l'ensemble contractuel n'est pas d'ordre public, les parties pouvant dissocier le sort des actes formant l'ensemble. V. toutefois C.cass. Ch. com. 15 février 2000, RTD Civ. 2000 p. 325, obs. J.Mestre-B.Fages (la cohérence de l'ensemble peut prévaloir même sur la volonté expresse des parties de dissocier le sort de l'acte)

<sup>666</sup> V. Ph. Merle, op. cit., no 55. Selon cet auteur, le défaut de cause d'une société est exceptionnel, mais une société avec objet licite peut avoir une cause illicite car frauduleuse. Comp. avec la distinction que fait la doctrine civiliste française entre fraude et cause illicite.

(v. supra), mais il a aussi une notion purement objective de la cause comme but des parties, à l'instar du droit allemand<sup>667</sup>. Ce qui intéresse est la cause de l'« attribution » (*epidoci*), à savoir l'acquisition d'un avantage patrimonial par une personne par le biais d'un acte juridique, cause largement standardisée pour chaque type d'acte juridique et qui ne sert pas à l'appréciation du déséquilibre intolérable éventuel des prestations des parties du contrat synallagmatique, même la problématique sur l'inexistence de cause –au sens de l'absence d'intérêt d'une des parties dans le contrat – étant peu développée en droit grec, à la différence du droit français ; la cause est en plus toujours rigoureusement distinguée des motifs déterminants des parties, ne pouvant pas ainsi servir essentiellement dans l'appréciation de leur licéité, à la différence du droit français<sup>668</sup>. Le recours à la cause inexistante ou illicite est ainsi pour le droit grec plutôt une technique de disparition de l'acte juridique de disposition causé ou de reconnaissance d'une action en enrichissement sans cause dans le cadre d'un acte de disposition abstrait, une fois l'acte-fondement (l'acte créateur d'obligation) jugé nul ou étant résolu (v. supra sur ces distinctions) ; elle n'est pas essentiellement un critère d'appréciation de l'équilibre et de la licéité de cet acte - fondement<sup>669</sup>. Il est évident qu'une telle conception de la cause ne peut pas appréhender juridiquement et éventuellement censurer des ensembles de contrats liés, le droit grec tendant par sa notion de cause principalement à isoler entre elles des catégories d'actes juridiques dans le but de garantir la sécurité des transactions. Ainsi, curieusement pour un juriste français, c'est éventuellement à la notion de bonnes moeurs du droit grec qu'il

---

<sup>667</sup> Sur la cause en droit grec, v. la bibliographie générale citée dans la note 61 de notre introduction, ainsi que la monographie précitée de Chr.Philios (en grec) « La cause dans les contrats créateurs d'obligations ». Sur la cause en droit allemand v. Cl.Witz, op. cit., n°127 suiv. Comme nous avons vu ci-dessus, les actes juridiques créateurs d'obligations sont généralement réputés comme causés en droit grec, avec l'exception de la promesse ou reconnaissance de dette abstraites (art. 873 suiv. AK) et les titres de créance au porteur (art. 885 suiv. AK).

<sup>668</sup> Cette conception aboutit pratiquement à identifier dans les actes créateurs d'obligation la cause et le contenu de l'acte juridique, suivant la classification des actes créateurs d'obligation en synallagmatiques ou unilatéraux, à titre onéreux ou gratuit - v. G.Balis p. 113, G.Papantoniou p.279-280. Dans les actes de disposition, la cause est toujours et abstraitement l'acte créateur d'obligation en exécution de laquelle l'acte de disposition est effectué (v. supra). Il est à noter en plus que selon la conception grecque l'appréciation de l'illicéité d'un acte juridique selon l'art. 174 AK (opposition à une disposition impérative – v. supra) ne se fait pas par prise en compte des motifs déterminants des parties, mais seulement objectivement, manifestation de l'attitude différente et plus restrictive par rapport au droit français à l'égard des motifs déterminants.

<sup>669</sup> Les parties peuvent toutefois lier l'acte à leurs motifs déterminants, soit avec recours à la technique de la condition, soit avec le recours à la « cause graduée' » (*diavathmismèni aitla*), à savoir un but de l'acte juridique convenu entre les parties, au-dessus et au-delà de ceux qui habituellement "standardisent" le contenu des obligations nées sur le fondement d'un contrat - v. Chr.Philios, op. cit., p.137.

incombe de jouer un rôle analogue à celui de la cause du droit français quant au contrôle d'équilibre et de finalité des montages.

### **Les bonnes moeurs du droit grec comme mécanisme éventuel de contrôle de l'équilibre et de la finalité des montages**

Comme nous avons suggéré ci-dessus, la notion de bonnes moeurs a pour le droit grec un contenu beaucoup plus large et une importance beaucoup plus grande qu'en droit français, en constituant une clause générale de portée capitale, généralement, mais aussi plus particulièrement pour l'ordre public économique grec, comme c'est d'ailleurs le cas pour le droit allemand<sup>670</sup>. L'art. 178 AK déclare ainsi nuls généralement les actes juridiques contraires aux bonnes moeurs ; l'art. 179 AK déclare expressément nuls à titre indicatif deux catégories caractéristiques d'actes juridiques contraires aux bonnes moeurs, à savoir d'une part ceux par lesquels se trouve excessivement engagée la liberté de la personne humaine, d'autre part les actes « usuraires », définis comme ceux par lesquels une personne, exploitant le besoin, l'inexpérience ou la légèreté d'esprit d'autrui se fait promettre ou prend, pour elle-même ou pour un tiers, une contre-prestation manifestement disproportionnée par rapport à sa propre prestation<sup>671</sup>. L'art. 179 concrétise, ne restreint pas l'art. 178 AK, qui peut censurer comme immoraux des actes juridiques même en dehors des conditions de l'art. 179<sup>672</sup>. Il est à noter que les actes juridiques de disposition (v. supra sur cette notion) sont en principe réputés moralement neutres ; l'immoralité va être appréciée au niveau de l'acte créateur d'obligation, et si cet acte est immoral, le sort de l'acte de disposition effectué

---

<sup>670</sup> V. aussi sur la notion de bonnes moeurs, le critère objectif de sa concrétisation – les conceptions de l'homme honnête et raisonnable de la société grecque – et le recours aux valeurs constitutionnellement garanties supra notre Introduction p. 8 suiv. et la bibliographie grecque y citée. V. ibidem pour les bonnes moeurs en droit allemand. Plus particulièrement pour les bonnes moeurs en matière économique pour le droit allemand v. Cl. Witz, op. cit., n°254 suiv.

<sup>671</sup> L'art. 178 AK reproduit essentiellement le § 138 BGB. L'art. 179 AK reproduit le § 139 BGB, mais il ajoute comme premier cas exprès de catégories d'actes juridiques immoraux ceux conduisant à un engagement excessif de la liberté de la personne humaine. En ce qui concerne les actes "usuraires", leur prohibition concerne les contrats synallagmatiques ou "unilatéraux imparfaits" (notamment prêt à intérêt). En droit grec, comme en droit allemand, un acte juridique peut toutefois être immoral pour disproportion excessive des prestations, mêmes si les conditions de l'art. 179 AK ne sont pas réunies ; ce n'est pas toutefois la seule disproportion qui rende un contrat immoral, mais l'ensemble des circonstances de conclusion – notamment dans un cadre de rapport de forces inégal entre contractants – combinées avec la disproportion.

<sup>672</sup> Ainsi, l'art. 179 AK déclare nul expressément non seulement l'acte créateur d'obligation usuraire, mais aussi celui de disposition fait en exécution du premier.

pour l'exécution de l'acte créateur d'obligation sera déterminé selon son caractère causé ou abstrait<sup>673</sup>.

C'est exactement sous l'angle des art. 178-179 AK que doivent être appréciés les clauses statutaires tendant à produire des formes sociales atypiques même si elles ne s'opposent pas directement à des dispositions impératives expresses du droit des sociétés et surtout les actes juridiques conclus dans le cadre de montage *ratione societatis* ayant recours aux techniques contractuelles, notamment en ce qui concerne leur caractère comme ne produisant pas un engagement excessif de la liberté de la personne humaine, si bien sûr on accepte leur licéité du point de vue du droit des sociétés (v. *infra* Partie II sur cette question) : par exemple, c'est le cas pour les pactes extra-statutaires, notamment les conventions de vote, ou pour les clauses de non-concurrence accompagnant des cessions de contrôle des sociétés. Il s'agit principalement de la liberté de la personne de participer à la vie économique, notamment en participant à une société (ou en quittant une société), liberté constitutionnellement garantie (v. *supra*). Le caractère excessif ou non de l'engagement sera apprécié par prise en compte de l'ensemble des circonstances concernant l'acte et par une pesée de l'étendue de l'engagement et des intérêts impliqués des parties, mais aussi, doit-on considérer, de l'intérêt social<sup>674</sup>. Il est à noter que, selon une opinion influente dans la doctrine grecque, même la dérogation convenue par les parties à des dispositions de droit supplétif fait l'objet d'un contrôle *in concreto* de conformité avec la prohibition des engagements excessifs de la personne humaine et plus généralement des actes juridiques contraires aux bonnes mœurs, un point de vue qui peut avoir une importance dans une période de renaissance du supplétif dans le domaine des sociétés<sup>675</sup>. De la sorte, la notion de bonnes mœurs est en droit grec incontournable pour ce qui concerne le contrôle d'équilibre minimum des actes juridiques formant un montage conclu *ratione societatis*, en allant souvent au-delà de ce que la théorie de la cause du droit français peut faire en la matière<sup>676</sup>. Il n'en va pas toutefois ainsi pour ce qui concerne les

---

<sup>673</sup> V. *supra* Chapitre I.

<sup>674</sup> Sur les critères d'appréciation de l'engagement excessif v. Ap. Georgiadis « Principes généraux », p. 472, ainsi que sur la limite absolue (là où la pesée cesse) de l'atteinte par l'acte juridique en cause à la dignité de la personne humaine.

<sup>675</sup> V. Ap. Georgiadis, *op. cit.*, p. 472.

<sup>676</sup> Comme nous avons vu, la fonction classique de la cause « objective » en droit français est de faire un contrôle de l'intérêt élémentaire que présente le contrat pour le contractant – non de contrôler le caractère excessif de l'engagement pour la personne humaine, ni l'existence éventuelle d'une lésion immorale, comme le font les art. 178 et 179 AK (v. toutefois *supra* pour les cas particuliers de prise en compte de la lésion par le droit français). La protection de la liberté économique est d'autre part traditionnellement un principe d'ordre public "virtuel" en droit français – mais il semble qu'elle ait été prise en compte pour censurer des actes juridiques la restreignant

deux autres fonctions de la cause en droit français, notamment en matière d'ensembles contractuels et de montages, à savoir de former la base de réception juridique de ces derniers par la prise en compte des motifs déterminants des parties et d'apprécier la licéité des actes juridiques (mais aussi de l'équilibre des prestations) au niveau du montage tout entier. En fait, pour ce qui concerne ce dernier aspect, si la doctrine grecque est favorable à la prise en compte des motifs déterminants des parties pour apprécier le caractère immoral ou non d'un acte juridique, la jurisprudence refuse traditionnellement de s'engager pleinement dans cette voie, en insistant sur ce que l'immoralité d'un acte juridique ne peut résulter exclusivement des motifs et buts recherchés par les parties, mais par une appréciation d'ensemble du contenu de l'acte, des circonstances et des motifs et buts des parties<sup>677</sup>. Ce refus de prise en compte à titre indépendant des motifs déterminants des parties comme critère de la finalité et de l'immoralité éventuelle de l'acte juridique semble empêcher pour le moment la jurisprudence grecque d'apprécier l'immoralité ou non de l'acte juridique au niveau d'un ensemble contractuel ou de montage – exactement caractérisés par une communauté des motifs déterminants des parties, visant à la réalisation d'une opération juridico-économique globale<sup>678</sup>.

---

excessivement principalement par le biais de la théorie de l'objet. Le droit français prohibe d'autre part expressément dans l'art. 16 C.civ. l'atteinte à la dignité humaine par le biais d'actes juridiques de droit privé, mais il semble que cet article ait une portée plus restreinte que l'art. 179 AK. V. d'autre part supra sur l'utilisation de la cause en combinaison avec l'intérêt social pour censurer certains engagements excessifs des associés ou de l'associé cédant.

<sup>677</sup> Formule constante d'Areios Pagos depuis 456/1972, No.V. 20 p. 1978, 398/1975, No.V. 23 p. 1164 (refus d'examen et de prise en compte de l'immoralité des motifs des parties dans un contrat de vente annihilant en fait les droits des héritiers réservataires du vendeur). V. aussi Areios Pagos 2/1991 (As. Pl.), El.D/ni 1992 p. 746, 1612/1999 Chr. I.D. 2001 p.21, 1522/2000, El. D/ni 2001, p.1991, 63/2005, El.D/ni 2005 p.1411. Toutefois, la nullité pour opposition aux bonnes moeurs est acquise si l'illicéité du but recherché entache comme "cause graduée" le contenu même de l'acte juridique- par exemple dans une location d'immeuble pour y établir une maison de tolérance ou dans le contrat de travail d'un marin avec un salaire excessif pour une opération maritime de contrebande, v. Eph. (CA) du Pirée 692/1982, END 10, p. 446. Pour une prise en compte plus hardi des motifs déterminants, notamment dans le but de censurer des actes juridiques eux-mêmes apparemment impeccables mais servant en fait un but prohibé par la loi impérative ou immoral, v. Al. Lintzeropoulos « Droit des obligations » p.252, Chr. Philios, monographie précitée, p. 121, 125-126. En tout cas, même pour cette dernière conception, si l'immoralité des motifs concerne l'une seule des parties de l'acte, il y a besoin de connaissance ou ignorance fautive de cette immoralité par l'autre pour que l'acte soit lui-même immoral- Chr. Philios, op.cit., p. 126. Sur la prise en compte des motifs déterminants dans l'appréciation de l'immoralité de l'acte juridique en droit allemand, v. Cl.Witz, op. cit., nos 130, 261-264.

<sup>678</sup> La jurisprudence grecque avait l'occasion de se prononcer sur un cas d'ensemble contractuel ou de montage et de sa relation avec les bonnes moeurs dans l'espèce ayant abouti à l'arrêt (précité) 1612/1999 d'Areios Pagos. Dans ce cas -selon les faits proposés par le demandeur – une banque A avait accordé des crédits importants à une société anonyme B sans prendre des garanties suffisantes ; les organes de A, en vue d'échapper aux responsabilités civile et pénale éventuelles, ont



### **Le « fondement de l'acte juridique » en droit grec et les montages**

La théorie du « fondement de l'acte juridique » (*dikaiopraktikò themèlio*), de provenance allemande, est consacrée par l'AK dans ses articles 388 (théorie de l'imprévision dans les contrats synallagmatiques) et 872 (en matière de résolution de la transaction), mais la jurisprudence et la doctrine grecques en font une application plus générale, en dehors de la portée de ces articles<sup>679</sup>. Selon cette théorie, les actes juridiques et notamment les contrats se fondent sur une représentation commune des parties sur la réalité et le cours normal des choses, représentation non exprimée dans l'acte. C'est la bonne foi objective qui distingue le « fondement de l'acte juridique » commun aux parties des simples motifs de chacune d'elles, qui ne sont pas en principe pris en compte. Si la « représentation commune » de la réalité est fautive ou si elle est par la suite renversée d'une manière imprévisible, l'acte juridique perd son fondement, car le contrat s'avère absolument déséquilibré pour l'une des parties, et il peut être modifié en justice (différence importante avec les conceptions françaises) ou même être résolu ou annulé<sup>680</sup>. On pourrait dire que cette théorie supplée

---

persuadé C – personne physique – de se porter caution pour les dettes de B à l'égard de A, contre engagement de la part de A de paiement – par le biais d'un nouveau crédit à B – d'une dette de C à l'égard d'une autre banque que C ne pouvait pas payer, en encourant ainsi le danger de saisie de son actif immobilier. Il est à noter que C s'engageait comme caution à l'égard de A pour une somme à peu près dix fois supérieure à celle qu'il ne pouvait payer à son propre créancier, autrement dit manifestement supérieure à sa capacité financière, le cautionnement n'étant accordé que sous la contrainte du danger de saisie imminente de son actif immobilier. Une fois le cautionnement obtenu, la banque A n'a pas honoré son engagement de rembourser la dette de C à l'égard de sa banque. L'action de C en reconnaissance de la nullité de son cautionnement sur le fondement de l'opposition aux bonnes moeurs a été rejeté par les juges du fond avec l'argument que les faits invoqués ne pouvaient pas fonder l'application de la règle invoquée, leur jugement étant approuvé par Areios Pagos ; les juges grecs ont ainsi refusé de contrôler l'immoralité de l'acte au niveau de l'ensemble contractuel tout entier.

<sup>679</sup> La théorie du « fondement de l'acte juridique » a été proposée en Allemagne en 1921 par Oertmann, sans fondement de disposition expresse du BGB. La doctrine grecque la rattache au principe de bonne foi objective consacrée par l'AK dans son article 288, conçue comme l'honnêteté et droiture qui sont exigées par l'homme social selon les conceptions prévalant dans la vie des transactions. V. Ap. Georgiadis « Principes généraux », p. 558 suiv., M. Stathopoulos « Droit général des obligations », p. 502 suiv., Ast. Georgiadis « Droit des obligations. Partie générale », II, p. 131 suiv.

<sup>680</sup> Le motif déterminant de l'une des parties, même connu de l'autre – par exemple A achète un appartement en vue de son mariage qui finalement n'a pas lieu – n'est pas le "fondement de l'acte juridique" de la vente. Par contre, la location d'un immeuble dans un village en vue de l'installation d'une entreprise touristique importante a comme fondement la conviction commune des parties que l'autorisation administrative pour ce fonctionnement va être donnée à temps utile et que les villageois ne vont pas se mobiliser massivement contre l'investissement, en empêchant ce dernier- Mon.Prot. (II) de Kavala 329/1980, Arm. 1981 p.999 ; ou un contrat d'entreprise avec comme objet un immeuble peut avoir comme fondement la bonne situation économique de l'entrepreneur- Eph. (CA) de Thessalonique 1504/1998 Arm 1998 p. 801. Plus généralement, il y a un caractère de fondement

partiellement au défaut en droit grec d'une théorie de la cause à la française – avec cette différence majeure toutefois que la théorie du « fondement de l'acte juridique » n'est pas un mécanisme de contrôle de la licéité de l'acte au moment de sa formation<sup>681</sup>. La doctrine grecque exploite d'ailleurs cette théorie pour accueillir juridiquement le phénomène des ensembles contractuels (« contrats liés »), définis comme des contrats conclus le plus souvent entre les mêmes parties et tellement liés dans leur esprit que l'exécution de chacun d'eux soit le « fondement » de l'autre – phénomène bien sûr étroitement apparenté à celui des montages<sup>682</sup>. L'application de la théorie du « fondement de l'acte juridique » aux ensembles contractuels et montages peut aboutir pour une grande partie aux mêmes résultats que la théorie française de la cause subjective, notamment en matière d'indivisibilité des actes juridiques de l'ensemble, avec possibilité d'« anéantissement en cascade » de ces actes. Cela toutefois avec la différence indiquée ci-dessus, à savoir que la théorie du « fondement de l'acte juridique » n'est pas un mécanisme de contrôle de licéité du contrat (et de l'ensemble contractuel) au moment de sa formation, mais plutôt un mécanisme de correction ex post du renversement éventuel de l'équilibre voulu par les parties selon leur « représentation commune » de la réalité. Il ne semble pas d'ailleurs que la jurisprudence grecque ait pour le moment exploité la théorie du « fondement de l'acte juridique » dans le cadre des différents montages sociétaires, comme l'ont fait la théorie et la jurisprudence française avec la cause subjective comme mécanisme d'« anéantissement en cascade » (v. supra). Des possibilités d'application particulièrement intéressantes ont été

---

juridique pour une circonstance extérieure, s'il est manifeste que l'inexistence de cette circonstance vide de tout intérêt le contrat pour l'un des contractants et que l'autre doit selon la bonne foi prendre en compte cette inexistence. Il semble que la jurisprudence annule – si nécessaire – l'acte juridique pour défaut de son fondement par application analogique des dispositions sur l'erreur, tandis que pour le renversement imprévisible postérieur il y a la disposition spéciale de l'art.388 sur les contrats synallagmatiques.

<sup>681</sup> V. J. Carbonnier « Les obligations », p. 134 sur la théorie d'Oertmann comme suppléant à l'absence de disposition sur la cause dans le BGB. Sur la relation de la théorie du "fondement de l'acte juridique" avec celle de la cause et une analogie avec la théorie française de la fausse cause, v. Chr. Philios, monographie précitée, p. 132, 147 suiv. D'ailleurs, aussi bien la théorie de la fausse cause que celle du défaut du "fondement de l'acte juridique" au moment de la conclusion de l'acte, ont des relations étroites avec la théorie de l'erreur dans les deux droits.

<sup>682</sup> Ap. Georgiadis « Droit spécial des obligations » t.1, p. 15-17. Selon le Pr. Georgiadis, la nullité ou annulation ou inexécution de l'un des contrats liés aboutiraient à anéantir ou du moins à paralyser les autres contrats de l'ensemble. Les choses sont moins claires pour les ensembles contractuels formés non pas entre les mêmes parties mais par une personne centrale concluant différents contrats avec différents cocontractants dans le cadre de la même opération juridico-économique. Il semble que la théorie du "fondement de l'acte juridique", telle qu'interprétée sous la lumière de la bonne foi objective, puisse aboutir potentiellement aux mêmes effets que la théorie française de la cause subjective commune conçue comme entrée du motif déterminant de l'un des contractants dans le champ contractuel (v. supra).

toutefois proposées dans un cas de cession de bloc de contrôle combiné avec un pacte d'actionnaires de partage du pouvoir entre cessionnaire et cédant qui restait comme minoritaire dans la société, la théorie du fondement de l'acte juridique pouvant selon une opinion fonder leur interdépendance (v. infra Partie II plus généralement sur la relation du sociétaire et de l'extrasociétaire en matière des pactes extrastatutaires)<sup>683</sup>. Selon l'opinion dominante dans la doctrine grecque, la théorie du « fondement de l'acte juridique » n'est pas d'ordre public, les parties pouvant ainsi prévoir d'autres conséquences pour le cas de renversement de leur « fondement commun ». Mais même si l'on accepte cette opinion, subsistent toujours les limites de la renonciation à l'application de la théorie du « fondement commun » posées par les art. 178-179 AK prohibant les actes juridiques immoraux (v. supra sur la notion et son rôle en droit grec) – véritable *ultimum refugium* dans l'ordre public économique grec<sup>684</sup>.

### **La simulation et la fraude dans le contrôle des montages**

La simulation et la fraude sont deux notions qui constituent une protection avancée de l'ordre public, en ce sens que les particuliers ne peuvent pas éluder l'application d'une règle impérative en ayant recours à des mensonges concertés ou à des artifices contractuels, chose qui a bien sûr une importance particulière en ce qui concerne les montages<sup>685</sup>. Pour ce qui concerne la première de ces deux notions, le droit français et le droit grec disposent de régimes en principe différents en matière de simulation – que des auteurs français qualifient elle-même de montage<sup>686</sup> ; mais en fin de compte ils aboutissent à une certaine convergence – qui n'est pas absolue – en matière des effets pratiques

---

<sup>683</sup> L.Kotsiris (en grec) « Pacte entre l'ensemble des actionnaires comme fondement de contrat de vente d'actions », EEmpD 2006, p. 237 (v. infra, Partie II).

<sup>684</sup> Sur le caractère de droit supplétif de l'art.388 AK et le débat relatif v. Ap. Georgiadis « Principes généraux », p. 564, note 18. Une renonciation en amont par l'une des parties à l'application de la théorie du "fondement de l'acte juridique", de sorte que cette partie assume la totalité des risques du contrat, tandis que l'autre n'en a que les bénéfices, pourrait être, selon une appréciation in concreto, contraire aux art. 178-179 AK, prohibant les actes juridiques contraires aux bonnes moeurs et par conséquent nulle, notamment s'il y a déséquilibre des forces entre les parties.

<sup>685</sup> Sur cette relation entre la simulation, la fraude et la protection de l'ordre public v. M.-C. Vincent-Legoux, thèse précitée p. 126 suiv. Sur la relation étroite entre la simulation et la fraude v. J. Carbonnier « Les obligations », n° 87, p.175 et plus généralement sur la simulation M. Dagot « La simulation en droit privé », LGDJ 1967. Pour un panorama historique et comparatif sur la notion de simulation v. (en grec) K. Karayannis « La problématique de la simulation en droit privé », éd. A.N Sakkoulas 2002.

<sup>686</sup> Ainsi F.Terré-Ph. Simler-Y.Lequette n° 537.

attribués à celle-ci<sup>687</sup>. Le droit français est ainsi historiquement le modèle pour les droits ayant des dispositifs « ouverts » sur la simulation—à savoir sans définition expresse légale de la notion, la doctrine et la jurisprudence ayant la tâche de façonner la notion sur le fondement de certaines lignes directrices du législateur. Ce dispositif permet une plus grande flexibilité de la notion de simulation ; mais d'autre part la sécurité des solutions dépend de la stabilité de la jurisprudence. Par contre, le droit grec fait partie des droits des dispositifs « fermés » sur la simulation, avec comme modèle le droit allemand, à savoir des dispositifs offrant des définitions légales de la notion de simulation, l'intégrant solidement dans leur systématique et disposant d'ensembles de règles de droit fixant ses conditions et ses effets. De la sorte, en droit français la simulation n'est pas définie par la loi, mais elle est en tout cas vue comme l'opposition entre l'acte apparent et les « contre-lettres » convenues secrètement entre les parties et contredisant cet acte apparent, et la question qui se pose est celle de l'opposabilité aux tiers ou par les tiers de ces contre-lettres. Plus particulièrement, selon l'art. 1321 C.civ. tel qu'interprété par la jurisprudence et la doctrine, l'acte juridique simulé, à savoir celui que les parties font seulement à destination des tiers, sans le vouloir réellement, est lui-même neutre. Dans les relations entre les parties prévaut leur volonté réelle, telle qu'exprimée dans leurs contre-lettres (acte dissimulé). Toutefois, les contre-lettres ne sont pas opposables aux tiers de bonne foi. En plus, les tiers ont une option, car ils peuvent, selon leurs intérêts, soit invoquer l'acte simulé, soit invoquer la simulation et atteindre la réalité derrière celle-ci (action en déclaration de simulation), possibilité importante en cas de simulation par interposition de personnes et de sociétés fictives (v. infra). En cas de conflit entre des tiers avec des intérêts différents, la jurisprudence donne la préférence à ceux qui de bonne foi ont fait confiance à l'apparence<sup>688</sup>.

A la différence du droit français, le droit grec prévoit dans son article 138 AK – disposition réputée d'ordre public – que l'acte simulé, défini comme celui qui n'a pas été fait

---

<sup>687</sup> Sur la simulation pour les deux droits sous comparaison v. K. Karayannis, thèse précitée, p. 40 suiv.

<sup>688</sup> L'art. 1321 C.civ. se borne à énoncer que « les contre-lettres produisent des effets seulement entre les parties et n'ont pas d'effet à l'égard des tiers ». Sur les constructions doctrinales et jurisprudentielles sur cette base v. les ouvrages de droit des obligations de J. Carbonnier n° 84 suiv, F. Terré-Ph. Simler-Y. Lequette n° 537 suiv -notamment en ce qui concerne la priorité donnée aux tiers qui de bonne foi se sont fiés à l'apparence. Il est à noter que la preuve de la simulation est en droit français difficile pour les relations entre les parties, si l'acte simulé a été rédigé par écrit, car il y a application des restrictions de la preuve contre un écrit ou en supplément d'un écrit (1341 C.civ.), sauf fraude, cas dans lequel tout moyen de preuve est recevable. Par contre, la preuve de la simulation est permise pour les tiers par tout moyen. V. aussi Cl. Ophèle "Simulation", Répertoire de droit civil Dalloz.

sérieusement, mais seulement en apparence, est nul<sup>689</sup>. Il s'agit d'une nullité absolue que tout intéressé peut invoquer, y compris par conséquent les tiers y ayant intérêt, notamment les créanciers de la personne qui a effectué une cession simulée d'un droit subjectif. Toutefois, selon l'art. 139, cette nullité ne nuit pas au tiers qui a contracté en ignorant la simulation<sup>690</sup>. L'art. 139 AK non seulement protège le tiers s'étant fié de bonne foi à l'apparence à l'égard des parties de la simulation, mais il lui donne aussi la priorité, en cas de conflit, sur le tiers qui invoque la simulation. Mais en traitant la simulation comme une question de nullité et des limites de l'opposabilité de cette nullité, le droit grec n'a pas recours à une action spéciale en déclaration de simulation, à la différence du droit français. Nous voyons en tout cas que les deux droits sous comparaison, même par le biais de techniques et à des degrés différents, protègent d'abord les tiers qui de bonne foi ont fait confiance à l'apparence de la simulation<sup>691</sup>. La simulation elle-même ne nuit pas d'ailleurs en principe dans aucun des deux droits sous comparaison à l'acte juridique dissimulé, celui qui exprime la volonté réelle des parties, si cet acte réunit les conditions nécessaires de sa validité<sup>692</sup>. Mais dans la plupart des cas de simulation, il y a des montages plus ou moins sophistiqués de simulation frauduleuse, effectués dans le but d'évincer par la simulation l'application d'une règle de droit impérative (p. ex. vente simulée de droits sociaux dissimulant une donation dans le but de fraude aux droits du fisc et/ou de ceux des héritiers réservataires). L'acte juridique dissimulé ou les contractants eux-mêmes vont dans ce cas

---

<sup>689</sup> Sur la simulation en droit grec v. les ouvrages de « Principes généraux » de G. Balis, p. 123 suiv, N. N.Papantoniou p. 577 suiv, Ap.Georgiadis p. 479 et la thèse précitée de K. Karayannis. Le Code grec a simplifié assez en la matière les distinctions de son modèle, le Code allemand (sur la simulation en droit allemand et les notions apparentées v. Cl. Witz op. cit., n° 218 suiv). Selon l'opinion dominante, la simulation suppose conceptuellement la connaissance du cocontractant. A la différence du droit français, l'opinion dominante considère que la simulation peut être prouvée par tout moyen de preuve, même si l'acte simulé a revêtu la forme écrite et même pour les relations entre les parties, car l'objet de la preuve n'est pas réputé concerner le contenu de l'acte simulé.

<sup>690</sup> Toutefois la doctrine dominante grecque exclut de la protection face à la nullité de la simulation les créanciers chirographaires de l'acquéreur apparent, auxquels la nullité de la simulation est opposable, parce qu'ils ne sont pas considérés ayant "contracté" (au sens de l'art. 139 AK) en ignorant la simulation. Une partie de la doctrine soutient toutefois que la protection de l'art. 139 AK devrait être étendue aux créanciers chirographaires dont les créances sont postérieures à l'acte simulé. Sur l'ensemble de la question K.Karayannis, op. cit., p. 483 suiv. Par contre, la jurisprudence française ne distingue pas entre créanciers chirographaires ou non de l'acquéreur simulé - v. F.Terré-Ph. Simler-Y.Lequette, n° 551.

<sup>691</sup> A la différence du droit allemand, qui reconnaît une protection des tiers de bonne foi en cas de simulation seulement sur le fondement de l'action en responsabilité civile, se tenant à une conception stricte de protection de l'autonomie de la volonté - v. } 117 BGB, Cl. Witz, op. cit., n° 232. Toutefois, les tiers de bonne foi sont protégés indirectement en cas de simulation par les mécanismes généraux du droit allemand, par exemple acquisition a non domino.

<sup>692</sup> Ainsi expressément l'art. 138 AK, selon lequel l'acte juridique dissimulé sous celui simulé est valable, si les parties l'ont voulu et les conditions de sa validité sont réunies.

subir les sanctions qui chaque fois sont nécessaires pour le rétablissement de l'effectivité de la disposition impérative que les parties ont voulu évincer (nullité de l'acte dissimulé prohibé ou effectué sans les conditions légales ou application du régime juridique que les parties ont voulu éviter, par exemple régime fiscal – avec en plus éventuellement des pénalités pour la tentative de fraude - ou de protection de la réserve successorale ; dans ce dernier cas les parties au montage peuvent être piégées à une situation défavorable avec l'application dans leurs relations de l'acte dissimulé sans l'acte apparent)<sup>693</sup>. Une différence assez importante existe entre les deux droits en ce qui concerne l'interposition de personnes, technique assez souvent utilisée dans le cadre des montages sociétaires, par exemple dans le cadre de la prise de participations ou même de changement de contrôle d'une société. En droit français, l'interposition de personnes est vue généralement comme un cas particulier de simulation, avec reconnaissance d'une action en déclaration de simulation au profit des tiers à la relation entre interposé et interposant. En droit grec, on doit selon l'opinion dominante distinguer entre d'une part l'interposition-simulation quant à la personne, si le tiers cocontractant connaît que l'interposé contracte pour le compte d'un autre et veut qu'en réalité les effets de l'acte juridique surviennent directement à cette tierce personne, cette dernière ayant ainsi en réalité la qualité de contractant, et d'autre part interposition « fiduciaire », les parties au contrat voulant dans ce cas que les effets de l'acte juridique surviennent réellement à la personne de l'interposé, ce dernier allant le plus souvent les transférer par acte distinct à l'interposant, cas dans lequel le régime de simulation ne trouve pas à s'appliquer ; la conception grecque exclut a fortiori du cadre de la simulation l'interposition de personnes que le tiers contractant de l'interposé ignore (v. en plus infra sur le montage de la constitution d'une société par le biais de participations interposées « fiduciaires » au profit d'un maître de l'affaire et Partie II quant à la distinction entre simulation et interposition de personnes dans les montages de prise de participations au sein des sociétés)<sup>694</sup>. A défaut d'une possibilité d'action en déclaration de simulation

---

<sup>693</sup> Sur la simulation frauduleuse v. F. Terré-Ph. Simler-Y. Lequette nos 555 suiv. et art. 911 C.civ., 1840 CGI, des cas de simulation frauduleuse dans lesquels le droit français prévoit spécialement la nullité des actes dissimulés. Sur la simulation frauduleuse et ses sanctions dans le cadre des montages v. D. Poracchia, thèse précitée, nos 674 suiv., not. no 677 sur le risque de piège des parties dans leur construction. Pour le droit grec v. A. Georgiadis op.cit., K. Karayannis op. cit., p. 145 suiv. et 245 suiv., notamment p. 254 suiv. sur les cas dans lesquels des lois spéciales grecques prévoient la validité de l'acte simulé conclu avec intention frauduleuse et la nullité de celui dissimulé, dans le but de piéger les parties dans leur construction.

<sup>694</sup> Entre l'interposé et l'interposant il y a en droit français une relation interne de mandat. Ce qui intéresse principalement le droit français est la question des conditions sous lesquelles l'interposé peut s'affranchir de ses obligations à l'égard du cocontractant. Selon l'étape actuelle de la jurisprudence française, la simple connaissance de l'interposition de personnes par le cocontractant ne

permettant au contractant avec l'interposé d'atteindre l'interposant, si l'interposition n'est pas une simulation quant à personne de l'un des contractants, la doctrine grecque s'efforce par certaines constructions juridiques de permettre ce résultat dans les cas d'exercice d'une activité économique –notamment commerciale- par personne interposée (v. d'ailleurs infra sur la problématique du montage d'interposition de personne morale comme cas fondant la levée de la personnalité morale d'une société)<sup>695</sup>. Aussi bien le droit français des sociétés que celui grec s'efforcent dans quelques cas par des dispositions expresses de déjouer des montages sociétaires visant à contourner leurs dispositions impératives par le recours à l'interposition de personnes<sup>696</sup>. Ces régimes différents applicables à la simulation et à la simulation frauduleuse créent ainsi des environnements juridiques différents pour les montages conclus *ratione societatis* avec recours aux techniques contractuelles ; on peut

---

suffit pas pour exonérer l'interposé, le tiers devant avoir joué un rôle actif dans la simulation pour que cette exonération soit permise. Le tiers cocontractant ignorant la simulation a en tout cas alternativement une action en déclaration de simulation contre l'interposant, et l'interposition est inopposable selon le droit commun de la simulation aux créanciers et ayants droit à titre particulier de bonne foi de l'interposé. Sur cette question de l'interposition v. J. Carbonnier n° 8 p. 177, F. Terré-Ph. Simler-Y. Lequette n° 543, 551, 553, D. d'Ambra « Interposition de personnes », Rép. De droit des sociétés Dalloz. L'interposition de personnes est elle-même neutre pour l'acte conclu -sauf fraude, cas dans lequel il y a nullité ou inopposabilité de l'acte. De l'autre côté de la comparaison, l'interposition de personnes-simulation se ramène essentiellement en droit grec à une relation de représentation directe (211 AK- celle dans laquelle une personne effectue dans le cadre de son pouvoir de représentation un acte juridique au nom d'une autre personne, en connaissance de la représentation, soit expressément, soit implicitement, par le destinataire de cet acte, les résultats de l'acte survenant directement à la personne du représenté) dissimulée. L'interposition de personnes "fiduciaire" peut être une représentation indirecte de l'art. 212 AK (a contrario), dans laquelle une personne agit à son nom mais pour le compte d'un autre à l'insu du cocontractant, les effets de l'acte juridique survenant à la personne de l'interposé, qui va par la suite par acte juridique distinct les transférer à l'interposant. Le fondement de l'interposition fiduciaire peut être variable, mais le plus souvent il s'agit d'un mandat du droit grec (713 AK). Sur la simulation et l'interposition de personnes en droit grec v. G. Balis p.129, Ap. Georgiadis p. 484, K. Karayannis, thèse précitée, p. 553 suiv, et sur la distinction faite en droit allemand entre ces deux notions v. Cl. Witz, op. cit., n° 224.

<sup>695</sup> V. (en grec) S. Psychomanis « Droit commercial général », éd. Sakkoula 2007, 2<sup>e</sup> éd., nos 868 suiv., E. Tziva « L'exercice d'activité commerciale par personne interposée », Armenopoulos 1984, p. 441 suiv. Les constructions en cause utilisent au profit du tiers cocontractant l'action oblique (72 Code proc. civile grec) pour les créances de l'interposé sur l'interposant nées de la relation de mandat les liant (721-722 AK, obligeant le mandant de rembourser le mandataire pour ses frais et dépenses), la saisie entre les mains de l'interposant de la créance de l'interposé sur lui née de leur relation interne (982 du même Code), l'enrichissement sans cause (904 suiv. AK), la responsabilité délictuelle pour dommage provoqué contrairement aux bonnes mœurs (919 AK). Selon E. Tziva, article précité, on devrait reconnaître des actions directes entre le tiers contractant et la personne interposée. Selon l'opinion dominante, en cas d'exercice d'une activité commerciale par personne interposée, aussi bien l'interposé que l'interposant acquièrent la qualité de commerçant.

<sup>696</sup> C'est notamment le cas pour l'effort de déjouer la réglementation impérative sur les conventions prohibées ou réglementées de la société anonyme avec ses administrateurs, les deux droits assimilant la conclusion de ces conventions par personnes interposées avec la conclusion par les administrateurs eux-mêmes (L225-38, L225-43 C.com., 23a L2190/1920)- v. infra Partie II.

toutefois remarquer que les convergences dans les effets pratiques que nous avons présentés ci-dessus font encourir aux parties des montages des risques similaires en cas de découverte de la simulation pour les deux droits sous comparaison<sup>697</sup>. Il est aussi à noter que selon l'opinion dominante grecque, le régime de la simulation est exclue pour les actes juridiques impliquant le concours actif de l'administration et la constitution de la société anonyme est traditionnellement en droit grec une procédure impliquant un tel concours (v. supra sur la procédure et infra sur la nullité des sociétés anonymes et la simulation)<sup>698</sup>. Plus généralement, les différences entre les deux droits s'accroissent beaucoup si l'on approche la question de l'application du régime de la simulation aux sociétés elle-mêmes (v. infra sur la question des sociétés fictives en droit français et en droit grec).

Les deux droits sous comparaison connaissent la fraude avec deux finalités, celle de la fraude à la loi (en grec katastratigisi nó mou) et celle de la fraude aux droits des créanciers (en grec katadoliepsi daneistón). Mais le droit français a une conception plus unitaire de la fraude, selon un critère subjectif, et il fait de sa répression un principe général du droit privé, selon lequel la fraude corrompt tout (fraus omnia corrumpit). Aussi bien en droit français qu'en droit grec, quand on parle de fraude au sens strict du terme, on entend des actes juridiques réels, non simulés, aboutissant pourtant à des résultats désapprouvés par le droit, et de la sorte fraude et simulation frauduleuse sont en théorie des notions distinctes et excluant l'une l'autre, bien qu'elles soient conceptuellement proches, servent le même but de protection de l'ordre public et dans la pratique il s'agisse souvent d'une distinction très difficile<sup>699</sup>. En ce qui concerne la fraude aux droits des créanciers, les deux droits ont recours à la technique de l'action paulienne, avec des conditions et des effets similaires dans chacun d'eux, pour protéger les droits des créanciers que leur débiteur a voulu frauder en organisant son insolvabilité<sup>700</sup>. Mais la fraude paulienne joue un rôle assez

---

<sup>697</sup> Sur la théorie de la simulation dans le cadre des différents montages en droit français v. D. Poracchia, thèse précitée, nos 670 suiv., mettant en relief « l'effet dévastateur de la réapparition de l'acte secret sur l'efficacité des montages » (no 679).

<sup>698</sup> Ainsi Ap. Georgiadis, op.cit., p. 483.

<sup>699</sup> V. sur cette exclusion conceptuelle mutuelle de la fraude et de la simulation frauduleuse v. F. Terré - Ph. Simler- Y. Lequette, op. cit., nos 1156 suiv., Ap. Georgiadis, op. cit., p. 717, K. Karayannis, thèse précitée., p. 546 suiv., 569 -570. Sur l'évolution historique ayant abouti à cette distinction, avec affirmation d'une conception subjective de la simulation, v. K. Karayannis, ibid, p. 15 suiv.

<sup>700</sup> Art. 1167 C.civ., 939 suiv. AK, le dispositif du Code grec étant plus détaillé que celui de formulation elliptique – du Code français. Pourtant, aujourd'hui les conditions objectives et subjectives mais aussi les effets de l'action paulienne sont grosso modo les mêmes pour les deux droits sous comparaison (acte de disposition du débiteur non étroitement lié à sa personne, insolvabilité du débiteur en découlant, intention du débiteur de nuire à ses créanciers largement comprise, au sens de la connaissance du préjudice en résultant pour les créanciers avec acceptation de



important dans le contrôle des constitutions de sociétés et des apports en sociétés en France, tandis qu'elle semble marginalisée dans ce même domaine en Grèce (v. infra). Le droit français reconnaît en plus une action en déclaration de fraude dans les cas d'actes juridiques faisant échec aux droits du créancier d'une obligation contractuelle (p. ex. dans les cas de droits résultant de promesses de vente ou de bail, de pactes de préférence, de clauses extra-statutaires d'agrément), même sans concours des conditions de la fraude paulienne et plus particulièrement de l'insolvabilité du débiteur en résultant, s' il y a collusion frauduleuse entre le débiteur et le tiers cocontractant, sur le fondement du principe « *fraus omnia corrumpit* », possibilité importante en cas d'inexécution de certains pactes extrastatutaires et donc pour les montages effectués *ratione societatis* mais aussi dans des cas d'apports frauduleux à des sociétés des biens que les pactes en cause concernent ; l'action en cause peut aboutir à la nullité ou inopposabilité de l'acte par lequel la collusion frauduleuse est effectuée. Cette collusion est selon la jurisprudence existante quand le tiers a connaissance du pacte qui engage son cocontractant et de la volonté du créancier de s'en prévaloir et il y a volonté des parties d'ignorer les droits de ce dernier ; elle existe a fortiori en cas de schémas concertés visant à contourner l'obligation contractuelle en cause<sup>701</sup>. En droit grec, il n' y a pas traditionnellement une acceptation tellement large du rôle de la fraude aux droits contractuels - en dehors des cas de la fraude paulienne et de la simulation frauduleuse-, un principe général *fraus omnia corrumpit* ne semblant pas être reconnu ; de la sorte, la nullité d'un acte de disposition effectué dans le cadre d'une telle fraude ne semble pas possible, à la différence du droit français, l'environnement juridique étant ainsi différent en Grèce pour les montages conclus *ratione societatis* par utilisation de pactes extrastatutaires (v. pourtant infra sur les possibilités qu'offre en matière de fraude aux droits contractuels effectuées par le biais de sociétés anormales la théorie de l'abus de la personnalité morale)<sup>702</sup> ; l'art. 919 AK sur un cas particulier de responsabilité délictuelle pour

---

ce résultat, connaissance du préjudice en cause par l'acquéreur à titre onéreux, antériorité de la créance du créancier exerçant l'action paulienne – opinion dominante dans la jurisprudence grecque-, inopposabilité de l'acte de disposition frauduleux au seul créancier qui a exercé l'action paulienne). V. J. Carbonnier « Les obligations », p. 639-640, P-Y Gautier –F. Pasqualini « Action paulienne », Répertoire de droit civil Dalloz, Ap. Georgiadis « Droit général des obligations », p. 715 suiv.

<sup>701</sup> V. sur la fraude aux obligations contractuelles p. ex. à l'occasion d'un pacte de préférence C. cass. Ch. mixte 26 mai 2006, D. 2006 p. 1861, note P.-Y. Gautier. Sur de tels cas de fraude et les éléments objectifs et subjectifs exigés en matière de sociétés frauduleuses v. A. Martin-Serf « Sociétés fictives et frauduleuses », in J-CI Sociétés, nos 65 suiv. (avec la distinction par rapport à la fraude paulienne), 144-145.

<sup>702</sup> Sur la non-acceptation en droit grec de la fraude à une obligation contractuelle en dehors des conditions de la fraude paulienne v. (en grec) K. Karayannis « La fraude à la loi comme problème de méthodologie du droit », EEN 1997, p. 205 suiv., spéc. p. 209-210. Une partie importante de la

opposition aux bonnes moeurs peut jouer pourtant un rôle en matière de violation frauduleuse d'une obligation contractuelle, bien que sans référence expresse à la théorie de la fraude<sup>703</sup>. Encore plus intéressante d'un point de vue théorique est la fraude à la loi, bien sûr à la loi impérative, d'ordre public, et cette question de la fraude est particulièrement importante pour l'effectivité de l'ordre public sociétair et l'environnement juridique des montages *ratione societatis*, les deux droits présentant d'ailleurs des différences importantes en matière de cette fraude. En droit français, il n'y a pas de disposition légale expresse sur la fraude à la loi, mais la doctrine et la jurisprudence acceptent dans ce cas aussi l'application du principe « *fraus omnia corrumpit* »<sup>704</sup>. C'est une conception subjective de la fraude à la loi qui a prévalu en droit français, comme c'est le cas avec la fraude aux droits résultant de contrats, bien que cet élément subjectif trouve ici une formulation différente. Est ainsi réputé constitutif d'une fraude à la loi l'acte juridique réel (non simulé) et efficace, effectué dans l'unique dessein de permettre aux parties d'évincer l'application d'une règle de droit impérative. Si les parties peuvent invoquer le concours d'autres motifs légitimes qu'elles poursuivaient en contractant et produisant une situation évitant l'application d'une règle impérative, il n'y a pas de fraude. Cette conception vise à protéger l'autonomie de la volonté et les particuliers peuvent ainsi en principe librement se situer en

---

doctrine s'exprime pourtant pour l'application du régime de la fraude paulienne aux actes de disposition provoquant une insolvabilité relative du débiteur, au sens de l'impossibilité d'exécuter en nature son obligation avec un objet non monétaire, si bien sûr il y a concours des autres conditions de la fraude paulienne ; mais ce point de vue ne semble pas dominant dans la jurisprudence, qui exige une insolvabilité au sens strict du terme, le débiteur pouvant rembourser à son créancier les dommages-intérêts résultant de la violation de ses obligations n'étant pas selon ce point de vue (comme d'ailleurs c'est le cas en droit français –v. supra) réputé insolvable - v. sur cette question Ap. Georgiadis, op.cit., p. 723-724.

<sup>703</sup> L'art. 919 AK prévoit la responsabilité délictuelle de celui qui a causé à autrui un préjudice avec intention et contre les bonnes moeurs et cet article est réputé applicable en matière de complicité d'une personne dans la violation des obligations contractuelles d'un autre avec intention de nuire au créancier, dans les cas d'incitation malhonnête par un tiers au débiteur pour ne pas exécuter son obligation ou participation du tiers à une manœuvre frauduleuse contre les droits du créancier. Le résultat en est l'engagement de la responsabilité délictuelle du complice à l'égard du créancier ; mais il ne semble pas possible de fonder sur cet article la nullité de l'acte juridique par le biais duquel la violation a été effectuée –v. Ap. Georgiadis op. cit., p. 617 suiv., not. p. 620. Sur la responsabilité délictuelle en droit français de la personne qui est devenue complice à la violation des obligations contractuelles d'un autre en connaissance de cause comme expression d'un cas d'opposabilité du contrat aux tiers v. F. Terré-Ph. Simler-Y. Lequette, no 494.

<sup>704</sup> Sur la théorie de la fraude à la loi en droit français v. J. Carbonnier « Les obligations », n° 73 p. 149 et pour des développements plus amples J. Ghestin-G. Goubeaux-M. Fabre-Magnan « Traité de droit civil. Introduction générale », LGDJ 1994 n°759 suiv. Parmi les plus anciens ouvrages, on doit mentionner notamment la thèse d'Alexandros Lindjerpoulos (cité par les auteurs français comme Ligeropoulos) « Le problème de la fraude à la loi », Aix 1928 et celle de M.- J. Vidal « Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe *fraus omnia corrumpit* », LGDJ 1957.

dehors de la portée d'une disposition impérative s'il n'y a pas d'artifice, la fraude à la loi étant l'exception<sup>705</sup>. De la sorte, les montages – et plus particulièrement ceux conclus *ratione societatis*, avec recours aux techniques contractuelles et aboutissant à la non application d'une règle d'ordre public sociétaire- bénéficiant en France d'une « présomption » simple – renversable – de caractère non frauduleux ; toutefois, le danger de qualification d'un montage de frauduleux n'est pas inexistant<sup>706</sup>. La sanction de la fraude à la loi est en droit français soit l'inopposabilité de l'acte frauduleux aux victimes de la fraude, soit sa nullité, selon ce qu'impose la restauration de l'effectivité de la règle impérative fraudée<sup>707</sup>. A la différence du droit français, le droit grec retient selon l'opinion dominante une conception objective de la fraude à la loi, faisant de cette dernière un phénomène juridique très différent de la fraude aux droits contractuels<sup>708</sup>. Ainsi, en droit grec ce qui intéresse pour caractériser la fraude n'est pas l'établissement de la volonté frauduleuse des parties mais la production par un acte juridique non simulé et apparemment normal d'un résultat désapprouvé par une règle de droit impérative. L'enseignement sur la fraude se rattache ainsi à celui sur l'art. 174 AK tel qu'interprété par la doctrine et la jurisprudence (nullité des actes juridiques pour opposition à une disposition impérative de la loi – v. supra) et ce qui intéresse pour la qualification de fraude est l'interprétation de la loi impérative pour constater la portée de la prohibition ou injonction y contenue. C'est l'interprétation de la finalité de la loi qui va déterminer si le législateur s'est exprimé plus étroitement qu'il n'a voulu, la finalité de la disposition impérative pouvant ainsi exiger la nullité de tout acte juridique qui atteint un résultat que cette disposition désapprouve, bien que cet acte ne heurte pas directement la disposition impérative en cause ; l'application effective de la règle impérative sans besoin de

---

<sup>705</sup> Ainsi D.Poracchia, thèse précitée, n° 690 suiv., spéc. n° 701 suiv.

<sup>706</sup> V. dans la jurisprudence récente en matière de sociétés C.cass. Ch.com. 7 oct. 2008, Bul. Joly soc. 2009 p. 44, note D.Bureau (la fraude ne se présume pas en matière de cession des actions constituant le seul actif d'une société holding, seul le préjudice en résultant d'un associé minoritaire n'est pas suffisant pour caractériser la fraude), TGI Bethune 24 juin 2008 Bul. Joly soc. 2008 p. 998 note B.Saintourens (nullité d'une cession de contrôle d'une société pour fraude commise par les repreneurs par le biais du détournement de l'aide financière destinée à la pérennité du site et au maintien des emplois).

<sup>707</sup> La doctrine dominante française fait d'ailleurs la distinction entre la fraude à la loi et l'illicéité de la cause qui emporterait toujours la nullité de l'acte. Selon J. Carbonnier, « ce qui fait question dans la cause illicite, c'est le motif par lequel les parties ont contracté ; dans la fraude à la loi, le motif par lequel elles ont, pour contracter, choisi tel ou tel arrangement (« Les obligations », n°73).

<sup>708</sup> Sur la fraude à la loi en droit grec v. les ouvrages de « Principes généraux » de G.Balis, } 60, p. 171, K.Simantiras, n° 788, N.Papantoniou, p.424, Ap. Georgiadis, p. 460 et l'article précité de K.Karayannis (en grec) « La fraude à la loi comme problème de méthodologie du droit », ainsi que sa thèse sur la simulation. Sur la théorie de la fraude à la loi en droit allemand qui constitue le modèle du droit grec en la matière v. Cl. Witz op.cit. n° 245.

nullité d'un acte juridique est aussi possible<sup>709</sup>. On pourrait supposer que cette conception objective de la fraude aboutisse à des applications plus larges que celle subjective française ; ce n'est toutefois pas le cas, car la jurisprudence grecque est assez conservatrice quand elle a à apprécier l'existence d'une fraude à la loi, en voulant, comme celle française, ne pas restreindre excessivement l'autonomie privée. Elle préfère d'ailleurs de recourir souvent à la notion de simulation pour sanctionner des constructions frauduleuses, notamment en matière de sociétés de personnes (v. infra)<sup>710</sup>. Mais cette attitude de privilégier la simulation sur la fraude est critiquée par une partie de la doctrine, qui considère que la fraude est une conception moins restrictive de l'autonomie de la volonté et plus flexible que la simulation, étant donné que la simulation emporte en droit grec impérativement comme sanction la nullité absolue de l'acte simulé, tandis que la sanction de l'acte frauduleux dépend de l'appréciation de ce qu'impose le respect de la finalité de la règle de droit fraudée<sup>711</sup>. Toutefois, comme en droit français, la fraude et le danger de qualification d'un montage comme frauduleux demeurent des contraintes que les promoteurs des différents montages conclus *ratione societatis* doivent prendre sérieusement en compte. Problème commun dans les deux droits sous comparaison et étroitement lié à la question de la licéité des montages est celui de l'acceptation de la fraude à l'impératif sociétaire par le biais de pactes extrastatutaires, autrement dit dans quelle mesure on doit accepter la fraude à l'ordre public sociétaire par des actes extra-sociétaires relevant du droit commun des obligations (v. Partie II). D'autre part, comme c'est le cas avec

---

<sup>709</sup> Selon M. K. Karayannis, -« La problématique de la simulation... », précité, p. 208 -, la fraude à la loi a été historiquement envisagée soit comme version de la simulation, soit comme problème d'interprétation de la règle de droit impérative selon sa finalité (c'est le cas, peut-on dire, du droit grec), soit comme phénomène juridique distinct (c'est le cas du droit français, avec la formulation du principe *fraus omnia corrumpit*). V. *ibid*, p. 216-218 sur la relation de la fraude à la loi avec d'autres vices des actes juridiques (simulation, abus de droit, opposition à la bonne foi ou aux bonnes mœurs ou à l'ordre public du droit international privé).

<sup>710</sup> Sur la fraude à la loi dans la jurisprudence grecque v. notamment *Areios Pagos* 337/1974 No.V. 22, p. 136 (consécration de la théorie objective à l'occasion de l'examen pour fraude à la réglementation impérative interdisant les clauses d'indexation sur l'indice général des prix d'une clause indexant le loyer d'une mine à l'évolution du salaire de l'ouvrier non spécialisé) 6998/1977 No.V. 25 p. 950, 1629/1981 E.Erg. D. 1981, Eph (CA) d'Athènes 6886/2004 E.Erg. D. 2004 p. 1405 (ces derniers arrêts concernant des cas de fraude à la réglementation impérative du droit du travail). Sur la tendance de la jurisprudence de préférer de recourir à la simulation au lieu de la fraude en matière de sociétés de personnes v. N. Rokas, manuel précité, p. 53.

<sup>711</sup> K. Karayannis, thèse précitée, p. 215-218, 293 et plus généralement p. 212 suiv. contre la tentative d'une partie importante de la doctrine allemande d'assimiler la plupart de cas de fraude à la loi au régime de la simulation par le biais de la construction de la "simulation objective" (acte juridique effectué effectué comme réel mais <sup>711</sup>sans volonté de production de ses effets typiques pour lesquels il est reconnu par le droit, notamment dans un but de fraude).

la simulation, les différences entre les deux droits s'accroissent quand il s'agit d'apprécier l'impact de la fraude sur la validité d'une société elle-même (v.infra).

### **L'abus de droit en général et les montages dans les deux droits sous comparaison**

Le droit français et le droit grec connaissent la notion d'abus de droit tout en ayant des conceptions différentes en ce qui concerne son sens et portée, l'abus de droit étant en tout cas aussi bien pour le droit français que pour le droit grec une notion particulièrement importante pour les limites de l'exercice par les particuliers de leur autonomie, notamment s'il y a exercice de pouvoir privé, avec des implications évidentes en matière de sociétés et de montages sociétaires. Le Code civil français, libéral et individualiste, n'avait pas introduit une disposition interdisant l'abus du droit et une telle notion serait, semble-t-il, inconcevable pour ses rédacteurs. L'abus de droit a ainsi été en droit français une création doctrinale et jurisprudentielle, imposée non sans vives polémiques, avec des prolongements philosophiques et idéologiques<sup>712</sup>. Aujourd'hui, l'abus de droit est conçu en droit français d'une manière plutôt restrictive, principalement sur un fondement subjectif et moral, comme un exercice préjudiciable et fautif (notamment, mais pas toujours exclusivement, avec intention de nuire à autrui) d'un droit subjectif<sup>713</sup>. Sa sanction est d'abord la responsabilité délictuelle de celui qui a exercé abusivement son droit subjectif (1382 C.civ. sur la faute civile) – toutefois, en plus, l'acte juridique par lequel l'abus a été commis peut être annulé sur le même fondement, comme sorte de « réparation en nature » du préjudice<sup>714</sup>. Une des applications principales de la notion d'abus de droit, notamment comme cause de nullité, est

---

<sup>712</sup> Sur l'abus de droit en droit français v. F.Terré-Ph. Simler-Y.Lequette n° 739 suiv, D.Poracchia, thèse précitée n° 573 suiv, et pour des développements plus amples J.Ghestin-G.Goubeaux- M.Fabre-Magnan op.cit., n° 761 suiv (avec les différentes positions doctrinales exprimées dans le passé sur l'abus de droit – notamment les interventions de M.Planiol, L.Josserand, G.Ripert – et la réception historique de la notion par la jurisprudence), L. Cadiet- Ph. Le Tourneau « Abus de droit », Répertoire de droit civil Dalloz. Aujourd'hui, toujours sans disposition de portée générale, l'abus de droit est prévu comme limite à l'autonomie privée par plusieurs textes de droit spécial (v. infra pour des applications particulières en matière de droit fiscal et de droit de la concurrence).

<sup>713</sup> Il est vrai que les critères utilisés par la jurisprudence française sont d'une systématisation difficile, variant selon la catégorie des droits subjectifs- v. F.Terré-Ph. Simler-Y.Lequette n° 743. Selon le Pr. Poracchia – thèse précitée, n° 604 – l'abus est toujours explicable par l'équation : « conscience animant le titulaire du droit + préjudice causé par la mise en oeuvre du droit = contrariété à la finalité du droit utilisé. La formule ne change jamais, seules les variables sont modifiées en fonction du droit utilisé et de sa finalité ». La doctrine et la jurisprudence admettent par ailleurs l'existence de « droits discrétionnaires » auxquels l'abus de droit ne peut pas être opposé v. F.Terré- Ph. Simler-Y.Lequette n° 741, J.Ghestin-G.Goubeaux-M.Fabre-Magnan, nos 773 suiv.

<sup>714</sup> Sur l'utilisation des sanctions de l'abus de droit en matière de montages en général v. D.Poracchia op.cit. n° 634 suiv.

exactement en droit des sociétés, en ce qui concerne les décisions prises par la majorité – application qui est un moyen majeur de contrôle de licéité des montages sociétaires nécessitant pour leur mise en oeuvre de telles décisions. Peut aussi constituer abus de droit le comportement de la minorité de blocage de la société empêchant la prise de décisions nécessaires. Toutefois, l'abus de majorité et celui de minorité dans la prise de décisions collectives au sein de la société prennent des caractéristiques conceptuelles particulières qui les distinguent de l'abus de droit en général, notamment avec l'implication de l'intérêt social dans l'appréciation du concours de l'abus, avec les incertitudes et débats qui entourent cette notion (v. supra sur l'intérêt social et les finalités du pouvoir dans les sociétés et infra sur l'abus de majorité) ; on peut toutefois rencontrer des cas d'abus en droit des sociétés en dehors du cadre de la prise de décisions collectives<sup>715</sup>. Très intéressante pour le droit des sociétés mais aussi pour les montages instrumentalisant la personnalité morale des sociétés est d'ailleurs l'application de l'abus de droit en matière de la personnalité morale – toutefois, une fois de plus, il y a particularité conceptuelle importante par rapport à l'abus de droit en général du droit français (v. infra). Il est d'ailleurs à noter que la doctrine française ne lie pas expressément abus de droit et ordre public – probablement sur le fondement de la pensée que le consentement de celui qui subit le préjudice peut exclure l'abus (*volenti non fit injuria*). Toutefois, il ne semble pas que la liberté contractuelle puisse exclure en amont et d'une manière générale l'application de la limite de l'abus de droit dans les rapports juridiques avec une certaine continuité – du moins ce n'est pas le cas en droit des sociétés, et une clause statutaire qui p.ex. exclurait l'appréciation de la licéité des actes des organes sociaux selon le critère de l'abus de majorité serait évidemment réputée non écrite, de sorte que l'abus de droit peut être rattaché à l'ordre public sociétaire<sup>716</sup>.

A la différence du droit français, le droit grec a une disposition expresse de portée générale sur l'abus de droit (art. 281 AK), disposition réputée par excellence d'ordre public, introduisant une clause générale et constituant une limite d'importance majeure de

---

<sup>715</sup> Pour un cas d'abus de droit en droit des sociétés en dehors de la question de la prise valable ou du blocage des décisions collectives v. T.com. Paris 11 mai 2004 JCP 2004 p. 1256 note A.Viandier (abus du droit d'un actionnaire de poser des questions écrites au conseil d'administration de la société, car l'actionnaire utilisait son droit pour un but autre que celui reconnu par la loi – l'information de l'actionnaire pour qu'il participe ainsi à la vie des sociétés – et étranger à l'intérêt social. La sanction a été l'engagement de la responsabilité de l'actionnaire à l'égard de la société).

<sup>716</sup> La doctrine et la jurisprudence françaises admettent qu'en matière contractuelle le recours à l'abus de droit peut être écarté de par la volonté des parties pour les droits nés contractuellement. Toutefois, selon les Pr. F.Terré-Ph. Simler-Y.Lequette op.cit., n° 741 : « il est pourtant douteux que l'on puisse de la sorte se dégager des conséquences de l'intention de nuire ».

l'autonomie privée en droit grec<sup>717</sup>. Selon l'art. 281 AK, est prohibé l'exercice d'un droit subjectif dépassant manifestement les limites posées par les bonnes moeurs, la bonne foi et la fonction sociale et économique du droit subjectif en cause<sup>718</sup>. L'acte juridique effectué en abus de droit est nul, d'une nullité absolue (281 AK, en combinaison avec l'art. 174 AK) et l'exercice abusif d'un droit peut fonder la responsabilité délictuelle de son auteur (914 AK, en combinaison avec l'art. 281 AK). L'abus de droit s'apprécie – à la différence du droit français – objectivement et il est opposable même à l'exercice de droits subjectifs résultant de dispositions d'ordre public. Le droit grec ne reconnaît pas ainsi – de nouveau à la différence du droit français – de droits subjectifs « discrétionnaires » (v. supra). Est pourtant débattue la question de l'abus éventuel dans l'exercice des « libertés naturelles », la doctrine s'exprimant pour une telle possibilité, qui toutefois est exclue par la jurisprudence dominante (v. infra). La notion grecque d'abus de droit se fonde ainsi sur une conception plus sociale du droit que celle historique du droit français et la doctrine grecque y voit une limite raisonnable à l'autonomie privée, mais aussi une possibilité d'adaptation du droit aux situations particulières. La jurisprudence en fait d'ailleurs un usage équilibré ou même parfois conservateur. En matière de sociétés et de montages sociétaires l'abus de droit trouve, comme en droit français, application particulièrement dans les relations entre majorité et minorité et aux limites de l'opposabilité de la personne morale de la société. Bien sûr l'application de l'art. 281 AK en matière de sociétés a besoin de recours à des critères de concrétisation plus particuliers en droit des sociétés, avec prise en compte, comme en

---

<sup>717</sup> Sur l'abus en droit grec v. les manuels de « Principes généraux » de G.Balis p. 425, K.Simantiras n° 315, N.N.Papantoniou p. 215, Ap. Georgiadis p. 268. L'inspiration pour l'introduction de l'art. 281 AK a été donnée par l'art. 2 du Code civil suisse, selon lequel l'abus manifeste dans l'exercice d'un droit subjectif n'est pas protégé par le droit. Toutefois l'art. 281 AK innove, en introduisant des critères concrétisant la notion d'abus. Ainsi, la notion d'abus de droit du Code grec constitue peut-être son innovation majeure, notamment par rapport à son modèle principal, le BGB allemand. Aujourd'hui, l'art. 281 AK est vu comme concrétisation en matière de droit privé de l'interdiction constitutionnelle de l'exercice abusif des droits subjectifs, introduite par l'art. 25 } 3 de la Constitution grecque de 1975. Mais, bien que d'ordre public, l'abus de droit n'est pas relevé d'office par le juge grec même si les faits l'établissant sont proposés, selon une disposition spéciale expresse du Code de Procédure civile grec (269 } 3 KPolD). V. aussi P.Papannikolaou (en grec) « Des limites de l'intervention protectrice du juge dans les contrats », éd. Sakkoula 1992 p. 142 suiv, avec des doutes sur le caractère absolu d'ordre public de l'art. 281 AK – doutes toutefois que ne partage pas l'opinion dominante. Pour les notions tendant à censurer un comportement abusif en droit allemand, à défaut d'une disposition expresse de portée générale sur l'abus de droit (exercice chicanier – dans le seul but de nuire à autrui - ou immoral d'un droit subjectif, exercice contraire à la bonne foi - } } 226, 242, 846 BGB) v. Cl. Witz, op.cit., n° 658 suiv.

<sup>718</sup> La référence à la fonction sociale et économique du droit subjectif n'est pas sans rappeler la théorie qu'avait proposé en France L.Josserand.

droit français, notamment de la notion d'intérêt social (v. infra)<sup>719</sup>. Il est d'autre part vrai que la réforme du droit grec des sociétés anonymes en 2007, tout en reconnaissant expressément l'abus de majorité comme vice des délibérations des assemblées des actionnaires, a entendu diminuer son rôle comme mécanisme de sanction de ces délibérations (v. infra).

## **§ 2. Les sanctions frappant les sociétés elles-mêmes et le contrôle des montages sociétaires**

L'impact de l'ordre public économique sociétaire, mais aussi l'environnement juridique des montages sociétaires dans les deux pays sont bien sûr largement déterminés par le régime de sanctions applicable aux défauts des sociétés elles-mêmes par rapport à cet ordre public. Seront ainsi successivement abordés les régimes des nullités en général des sociétés elles-mêmes dans les deux pays sous comparaison, régimes fortement dérogatoires au droit commun des nullités (A), mais aussi plus particulièrement le problème spécial très important pour les montages sociétaires ayant recours aux différentes formes de sociétés de la question de la nullité des sociétés fictives ou frauduleuses (B). Une mention sera d'ailleurs faite aux sociétés non publiées normalement selon les prescriptions de l'impératif sociétaire (C). Encore plus importante est toutefois la question des limites que les deux droits posent par le recours à la notion d'abus de personnalité morale à l'instrumentalisation des sociétés dans le cadre des différents montages sociétaires (D).

### **A. Le régime des nullités des sociétés elles-mêmes en général**

#### **Généralités**

Comme souvent dans la comparaison que nous entreprenons, ce qui frappe immédiatement l'esprit en matière de nullités des sociétés est la tendance du droit français vers l'unité du régime de nullité pour toute forme sociale, avec introduction d'un système fortement dérogatoire au droit commun des nullités (v. supra), restreignant aussi bien les causes des nullités des sociétés que les effets de ces nullités, dans le souci de stabiliser les

---

<sup>719</sup> Pour une application de la théorie de l'abus de droit en matière d'une action en justice demandant – sous le régime antérieur – la reconnaissance de la nullité d'une société anonyme v. le remarquable arrêt Eph. (CA) d'Athènes 2155/1967, EEmpD. 1967, p. 555 suiv, ayant recours à la méthode de pesée des intérêts impliqués pour déterminer si l'action en reconnaissance de la nullité est fondée ou si elle constitue un exercice abusif du droit de demander cette reconnaissance.



sociétés et les entreprises exprimées juridiquement par elles et garantir la sécurité des transactions<sup>720</sup>. Cette tendance unitaire ne se retrouve pas en droit grec, marqué plus profondément par la *summa divisio* entre sociétés de personnes et sociétés de capitaux. Toutefois, même par des voies et à des degrés différents, la réalité de la société comme forme juridique de financement et de gouvernance de l'entreprise fait son apparition et exerce une influence certaine en matière de nullités des sociétés dans les deux droits sous comparaison. C'est parce que les sociétés -structures juridiques des entreprises ne peuvent pas subir les mêmes sanctions pour leurs défauts que les simples contrats de droit commun, à cause de la multiplicité et l'importance des intérêts y impliqués ; c'est aussi parce que, même si la nullité est reconnue, la société comme organisation juridique d'une entreprise peut avoir existé et fonctionné, chose qui ne peut pas laisser indifférent le droit. Il est toutefois vrai que ce dispositif spécial de nullités des sociétés, destiné à traiter les défauts de sociétés-structures juridiques d'entreprises, sert aujourd'hui aussi à la consolidation de structures sociétaires avec des finalités atypiques ou même souvent douteuses, évolution évidemment importante pour le phénomène des montages utilisant de telles sociétés.

#### **La nullité des sociétés en droit français**

Comme parachèvement d'une longue évolution historique<sup>721</sup>, le droit français, par des dispositions de portée générale (1844-10 al. 1 C.civ., L235-1 C.com. pour toutes les sociétés commerciales), exclut comme cause de nullité des sociétés elles-mêmes - à une exception près<sup>722</sup> – pratiquement toute violation dans leur constitution de l'impératif du droit des sociétés, sauf défaut d'un des éléments essentiels du contrat de société tel que défini dans l'article 1832 C.civ. (défaut de pluralité d'associés dans les sociétés pluripersonnelles, défaut d'*affectio societatis*, défaut ou fictivité d'apport), un tel défaut étant toujours pour le droit français une cause de nullité de la société comme contrat. Nous voyons ainsi que, malgré la restriction des causes de nullité de provenance de l'impératif du droit des sociétés, le noyau de l'ordre public sociétaire français stricto sensu (celui de la société comme contrat) maintient sa vigueur, en imposant la nullité de la société en cas de défaut de l'un des éléments qu'il répute comme essentiels pour la société (v. ci-dessous plus

---

<sup>720</sup> J. Honorat "Nullités", in Répertoire Dalloz de droit des sociétés.

<sup>721</sup> Sur cette évolution v. P. Didier, t. 2, p. 162 suiv.

<sup>722</sup> Il s'agit de la nullité de l'art. L235-2 C.com., sanctionnant l'inobservation des formalités de publicité dans la constitution des SNC et des commandites simples, nullité ayant survécu par inadvertance sous le régime de la loi de 1996. Elle est exceptionnelle (Ph. Merle, n° 68), car elle est régularisable et, en plus, facultative (le tribunal peut ne pas la prononcer en cas d'absence de fraude).

particulièrement pour les sociétés fictives pour défaut d'affectio societatis)<sup>723</sup>. Le droit français maintient d'autre part comme causes de nullité des sociétés les causes de nullité des contrats en général. De la sorte, l'ordre public politique et économique général fait son entrée comme cause de nullité des sociétés, notamment dans les cas de l'objet social (statutaire ou réel) illicite (v. aussi en ce sens le renvoi explicite de l'art. 1844-10 à l'art. 1833) et de la société frauduleuse (v. infra), cas dans lequel la société elle-même est réputée avoir une cause illicite. Mais en ce qui concerne l'incapacité et les vices de consentement – cause de nullité de contrats en général et manifestation d'un ordre public de protection de l'intégrité de la volonté – le droit français, conformément au droit communautaire, exige pour la prononciation de la nullité des sociétés de capitaux l'incapacité ou le vice de consentement de tous les fondateurs – éventualité qui constitue une hypothèse d'école (L235-1 C.com.). D'autre part, pour le droit français les souscriptions individuelles – même dans les sociétés de capitaux – peuvent être nulles pour incapacité ou vice de consentement, chose qui peut indirectement poser problème à la société<sup>724</sup>. Dans le souci de stabiliser encore plus les sociétés, le droit français prévoit une courte prescription extinctive de trois ans pour l'action en nullité de toute société (1844-14 C.civ., L235-9 C.com. – pourtant, conformément au droit commun, l'exception de nullité est perpétuelle), tandis qu'il offre de très larges possibilités de régularisation du vice avant la prononciation judiciaire de la nullité, sauf en cas d'objet social illicite (1844-11, 1844-12 C.civ., L235-3 à L

---

<sup>723</sup> Plus particulièrement pour ce qui concerne les apports, serait nulle la société dans laquelle aucun des associés ne s'engagerait à effectuer un apport ou dans laquelle les apports de tous les associés seraient fictifs. L'apport fictif est celui dont la société ne peut tirer aucun avantage direct ou indirect. D'autre part, on doit admettre que la fictivité d'un seul apport ou de certains apports peut ne pas emporter la nullité de la société toute entière, si l'apport en cause n'est pas nécessaire pour la poursuite de l'objet social et les autres associés veulent le maintien de la société entre eux – mais dans les sociétés de capitaux il y a besoin de régularisation de la situation (v. infra). Sur l'ensemble de la question v. H.Blaise « Apports », in Rép. Soc. Dalloz, nos 24-83. Les dernières années la conformité de cette conception traditionnelle française de nullité de société de capitaux pour fictivité de l'apport avec le droit communautaire est contestée- v. CA Paris 21 sept. 2001, Dr. soc. 2002, 78 obs. Th. Bonneau, Bul. Joly 2002, p. 626, obs. M.Menjuq.

<sup>724</sup> Pour un arrêt distinguant entre la nullité de la société et celle de la souscription v. C. cass. Ch. com. 5 oct. 1999, Bull. Joly 1999, p. 1219, note P. Le Cannu, Banque et droit, janvier-février 2000, p. 61, obs. M. Storck. Cette nullité rend la société irrégulière du point de vue du capital social ou du point de vue du nombre des associés mais la régularisation de la situation est possible (v. infra). Serait aussi nulle la société dans laquelle toutes les souscriptions sauf une sont nulles – du moins pour ces formes sociales qui ne sont pas reconnues comme pouvant être constituées comme unipersonnelles- avec pourtant possibilité de régularisation –v. J. Honorat, op. cit., no 25. Le droit français offre en plus de larges possibilités pour les sociétés de personnes d'échapper à la nullité pour incapacité ou vice de consentement d'un associé, même par le biais de l'exclusion de l'associé ayant droit d'agir en nullité (L235 C.com.- v. infra).

235-6 C.com.)<sup>725</sup>. La nullité de la société est prononcée par décision de justice, l'action étant ouverte à toute intéressé ou seulement à certaines personnes suivant le caractère de la nullité comme absolue ou relative<sup>726</sup>. Même si la nullité est prononcée, elle opère – par dérogation très importante au droit commun – seulement pour l'avenir pour ce qui concerne la société comme contrat et comme personne morale, comme dissolution de la société suivie de liquidation, et non rétroactivement, aussi bien dans les relations internes des associés que dans les relations de la société et des associés avec les tiers, du moins si les tiers sont de bonne foi ; mais la loi prévoit une exception à cette inopposabilité aux tiers pour la protection des incapables ou ceux dont le consentement a été vicié (1844-15 à 1844-16 C.civ., L235-10, L235-12 C.com.)<sup>727</sup>. Ce dispositif reconnaît essentiellement que la société, malgré ses défauts comme contrat, a existé une fois publiée dans les relations entre associés et dans ses relations avec les tiers, étant typiquement la structure d'une organisation économique que le droit ne peut pas méconnaître.

### **La nullité des sociétés en droit grec**

Les choses sont très différentes en droit grec, notamment de celui des sociétés de personnes<sup>728</sup>. Ainsi, les sociétés de personnes du droit grec sont laissées par la loi (même après la réforme de 2012 du droit des sociétés commerciales de personnes) pour ce qui concerne leurs vices au régime des nullités et annulabilités du droit commun (v. supra), à défaut de disposition légale spéciale, avec comme conséquences notamment la distinction entre les régimes des nullités et annulabilités, le caractère de plein droit des nullités, l'absence de prescription extinctive pour la proposition de la nullité, la présomption pour les nullités absolues, la rétroactivité de la nullité ou de la prononciation de l'annulation,

---

<sup>725</sup> V. pourtant sur la particularité de la prescription de la nullité pour objet social illicite Y. Chaput “Objet social”, no 37, in Rép. soc. Dalloz, et plus généralement sur les difficultés en la matière, notamment sur le point de départ du délai de prescription, J. Honorat, op. cit., no 181 suiv.

<sup>726</sup> V. J. Honorat, op. cit., no 162 suiv.

<sup>727</sup> V. sur les effets de la nullité J. Honorat, op. cit., no 197 suiv. Certains auteurs acceptent pourtant la rétroactivité de la nullité dans les relations entre associés, si la cause de nullité est l'opposition de la société à l'ordre public – on doit comprendre, semble-t-il, par l'illicéité de l'objet social -, l'atteinte à l'ordre public général étant dans ce cas telle que la reconnaissance des effets à la société n'est pas tolérable – v. J. Honorat, op. cit., no 205. La doctrine dominante accepte que le tiers de bonne foi ne peut plus après la loi de 1966 invoquer le caractère rétroactif de la nullité, s'il en a intérêt – v. avec des nuances J. Honorat, op. cit., no 209.

<sup>728</sup> V. (en grec) Ap. Georgiadis « Droit spécial des obligations », t. , p. 712, V. Antonopoulos in « Droit des sociétés de personnes », p. 87 suiv., N. Rokas, manuel sur les sociétés commerciales, p. 130, Sp. Psychomanis in « Droit des sociétés de personnes » (dir. N. Rokas), p. 42 suiv., du même “La société de personnes défectueuse”, EEmpD 1983, p. 587 suiv. .

l'incertitude sur l'impact des nullités partielles. La particularité des causes de nullité des sociétés de personnes grecques par rapport au droit commun des actes juridiques se trouve dans le rôle des défauts éventuels de leur objet social, qui doit ne pas être contraire à la loi impérative et aux bonnes moeurs (autrement dit à l'ordre public en général), indéterminé et indéterminable ou impossible – ce rôle de l'objet social dans la détermination de la validité de la société de personnes étant une manifestation de l'importance capitale pour la spécificité du contrat de société de l'AK de la poursuite d'un but commun<sup>729</sup>. Mais il est évident que le régime des nullités et annulabilités du droit commun est incompatible avec le minimum de sécurité juridique nécessaire pour les sociétés-formes juridiques des entreprises, car les rapports juridiques noués durant le fonctionnement de l'entreprise, entre associés mais notamment avec les tiers, perdraient leur fondement si la société était nulle avec rétroactivité<sup>730</sup>. C'est pourquoi la doctrine et la jurisprudence grecques, inspirées des solutions en vigueur en Allemagne, même sur un fondement théorique incertain<sup>731</sup>, ont façonné un régime spécial pour les vices pouvant emporter selon le droit commun la nullité ou annulabilité d'une société de personnes réunissant les éléments essentiels du contrat de société et ayant manifesté une activité publique (sociétés de facto ou anormale) : une telle société est ainsi réputée en principe valable comme contrat et comme personne morale dans ses relations internes et externes, mais son défaut donnait à tout associé le droit de la résilier par acte unilatéral (selon une autre opinion en cas d'incapacité ou de vice du consentement le droit de résiliation appartenait seulement à l'associé victime de ces situations), sans besoin de preuve de cause grave pour la résiliation, avec effet de la résiliation seulement pour l'avenir, comme s'il s'agissait de dissolution d'une société sans

---

<sup>729</sup> Comme nous l'avons vu ci-dessus, l'impossibilité de l'objet de la prestation d'un contractant n'est pas pour le droit grec en général une cause de nullité du contrat.

<sup>730</sup> V. sur ces inconvénients (en grec) K. Pamboukis « La société irrégulièrement constituée comme société anormale », in mélanges K. Karavas, t. 2, p. 1021 suiv., V. Antonopoulos, op. cit., p. 87. Les dispositions du droit commun grec sur les restitutions entre les contractants d'un contrat nul exécuté sont ainsi totalement inadaptées dans le cas d'une société ayant fonctionné comme organisation, ayant distribué des bénéfices et acquis des biens du produit de son activité ou inversement ayant subi des pertes. Pour les relations avec les tiers, serait applicable au gérant ou associé ayant contracté au nom de la société la disposition du droit commun (229 AK) prévoyant la responsabilité à l'égard du cocontractant de la personne s'étant présentée comme le représentant d'un autre sans en avoir le pouvoir, avec comme conséquence que les autres associés échapperaient à leur responsabilité personnelle.

<sup>731</sup> V. sur le débat doctrinal sur le fondement les articles précités de K. Pamboukis et Sp. Psychomanis, avec des références notamment au débat sur cette question en Allemagne. La doctrine accepte aujourd'hui comme fondement des solutions exposées ci-dessus le principe général de bonne foi et l'application analogique de l'art. 42 al. 3, 4 EN (v. infra) et des dispositions sur les sociétés de capitaux.

défaut, la liquidation étant réalisée selon les termes du contrat de société<sup>732</sup>. Cette solution est en théorie plus radicale que celle du droit français (le fonctionnement de la société la rend valable jusqu'à l'invocation du défaut, il ne s'agissait pas de nullité mais de cause de résiliation, il n'y avait pas distinction entre tiers de bonne ou mauvaise foi pour ce qui concerne l'opposabilité du vice), mais le résultat est pratiquement largement en effet le même (le défaut agit pour l'avenir, en provoquant la dissolution de la société selon le contrat), et en plus, à la différence du droit français, le droit de résiliation était largement imprescriptible, tout associé (mais aussi seulement un associé) avait le droit de l'exercer en invoquant le vice (la construction de la société anormale excluait en plus la possibilité pour un tiers d'invoquer le défaut de la société même relevant d'une nullité absolue – v. pourtant infra sur les incertitudes en cas de sociétés anormales car non publiées), et surtout la société était dissoute par acte unilatéral d'un associé, non par décision de justice. Néanmoins, après la réforme du droit grec des sociétés de personnes en 2012 et la suppression pour les sociétés de personnes personnifiées du droit ex lege et largement d'ordre public des associés de résiliation de la société (v. supra), on doit accepter que le vice pouvant rendre nul ou annulable selon le droit commun une telle société s'étant activée dans la vie des transactions est une cause grave donnant à tout associé (ou du moins en cas d'annulabilité et de nullité relative à l'associé qui peut selon le droit commun les invoquer) le droit d'exercer en justice l'action en dissolution de la société ; est aussi concevable l'application de l'art. 263 L4072/2012 prévoyant la possibilité de l'exclusion par décision de justice à la demande des autres associés de l'associé à la personne duquel existe une cause de dissolution de la société, comme c'est aussi le cas en droit français avec l'associé à la personne duquel existe une cause de nullité de la société et qui insiste à agir en nullité (art. 1844-12 C. civ. -v. supra)<sup>733</sup>. Ce régime de la société de fait ou anormale

---

<sup>732</sup> V. V. Antonopoulos, op. cit., p. 88-89, K. Pamboukis, op. cit., p. 1050 suiv., Sp. Psychomanis op. cit., p. 44 suiv. et dans la jurisprudence Areios Pagos 470/1984, EEmpD 1985, p. 463.

<sup>733</sup> V. sur cette possibilité d'exclusion par application de l'art. 263 L4072/2012 V. Antonopoulos « Droit des sociétés de personnes », éd. 2012, p. 90. Une partie importante de la doctrine acceptait selon le régime antérieur la possibilité d'exclusion par décision de justice (application analogique de l'art. 771 AK-v. supra) de l'associé en la personne duquel concourt une cause de nullité relative ou d'annulabilité de la société, avec continuation de la société entre les autres, solution qui rappelle celle du droit français- v. V. Antonopoulos op.cit., p. 88. L'exercice de l'action en annulabilité par l'associé victime d'erreur, dol ou violence n'est pas exclu, la décision de justice acceptant cette action produisant selon la jurisprudence et la doctrine ses effets pour l'avenir. En tout cas, on doit admettre que l'acte de résiliation de la société par l'associé victime de ces vices de consentement doit avoir lieu dans le bref délai extinctif prévu dans ce but par la loi (v. supra). Dans ces mêmes cas de sociétés de personnes entachées d'un vice de consentement, ne sont pas exclues les actions en indemnisation prévues par le droit commun. Selon le Pr. Antonopoulos – op. cit., p. 90 -, si les statuts de la société

n'est pas toutefois réputé applicable – outre pour les sociétés de personnes n'ayant pas développé une activité publique - dans le cas d'un objet social illicite pour opposition à la loi ou aux bonnes mœurs, autrement dit le principal cas d'opposition de la société à l'ordre public grec en général, cas dans lequel la protection de l'intérêt général a la priorité et la société est nulle selon le droit commun (nullité extra-judiciaire, imprescriptible, avec des effets retroactifs), d'une nullité absolue que tout intéressé peut invoquer<sup>734</sup>. La non-retroactivité n'est pas aussi applicable dans le cas de nullité pour incapacité d'un associé, en ce qui concerne cet associé, mais cette exception ne joue pas, à la différence du droit français, au profit des associés dont la participation à la société souffre d'un vice de consentement (v. en plus infra sur les problèmes concernant les sociétés non-publiées et les sociétés de personnes simulées)<sup>735</sup>. Il demeure le problème des effets des nullités partielles sur la société elle-même (v. supra sur l'art. 181 AK) – mais la jurisprudence et la doctrine prennent appui sur certaines dispositions expresses de la loi (755, 764, 766 AK) et tendent à isoler les clauses statutaires nulles n'entachant pas l'ensemble de la société, comme en droit français, en ne les considérant pas comme causes de nullité ou de dissolution de la société<sup>736</sup>.

La situation est très différente en matière de sociétés de capitaux (AE, EPE et désormais IKE), à cause de leur caractère principalement organisationnel, non contractuel,

---

prévoient la possibilité de résiliation de la société pour cause grave, chaque associé a même après la réforme de 2012 la société de fait avec des effets pour l'avenir.

<sup>734</sup> Ainsi K. Pamboukis « Droit des sociétés. Partie générale », p. 99, V. Antonopoulos, op. cit., p. 90 et dans la jurisprudence Epheteio (CA) Athènes 685/1984, EEmpD 1985, p. 35. Contra N. Rokas, manuel précité, p. 50, note 20, considérant que l'opinion dominante selon laquelle la société avec objet social illicite est essentiellement inexistante est contraire à la sécurité des transactions. Le Pr. Psychomanis –op. cit., p. 45- renvoie à la jurisprudence allemande selon laquelle une opposition de l'objet social à la loi qui serait non consciente et non voulue ne constitue pas une raison d'écarter l'application de la théorie de la société anormale. Nous croyons en tout cas que le principe de la bonne foi exclut l'invocation même de cette nullité par les associés pour échapper à leurs obligations à l'égard des tiers qui ignoraient sans négligence lourde l'illicéité de l'objet social – ainsi sur le fondement de la théorie de l'apparence v. N. Rokas, éd. 2012, p. 131.

<sup>735</sup> Si un associé est incapable au moment de la constitution et n'a pas été légalement représenté, il s'agit d'un cas de nullité seulement de la participation de l'incapable, la société étant valable comme société anormale entre les autres associés (sauf s'il s'agit d'une société à deux personnes, le droit grec ne reconnaissant pas de sociétés de personnes unipersonnelles) et cet associé n'est pas tenu pour les dettes sociales, il a un droit de restitution de son apport, tandis qu'est disputée la question de sa participation aux bénéfices (contre la reconnaissance de droits sociaux à cet associé V. Antonopoulos, op. cit., p. 90, pour la reconnaissance de son droit aux bénéfices S. Psychomanis, art. précité, EEmpD 1983, p. 398, sur le fondement de la théorie de l'enrichissement sans cause). Dans la jurisprudence v. Epheteio (CA) Thessalonique 1064/1975, EEmpD 1975, p. 424. Epheteio Athènes 6095/1985, EEmpD 1986, p. 284.

<sup>736</sup> V. Antonopoulos, op. cit., p. 88, M-Th. Marinos in « Droit des sociétés de personnes » (dir. N. Rokas), p. 87 (sur les clauses léonines) et supra sur les clauses léonines et les clauses d'exclusion de droits politiques.

et de leur finalité typique qui est de constituer des formes juridiques d'entreprises autonomes par rapport aux personnes de leurs fondateurs (c'est notamment le cas pour les AE), mais aussi pour les AE et EPE à cause de l'harmonisation communautaire (art. 4a L2190/1920, 7 L3190/1955, 53 4072/2012)<sup>737</sup>. Il en résulte un régime exprès fortement dérogatoire aux nullités du droit commun. Pour nous borner au régime des AE, selon la rédaction actuelle de l'art 4a L 2190/1920 une AE est déclarée nulle seulement si les statuts n'ont pas défini la dénomination et l'objet de la société ou le montant et les modalités de souscription du capital social, si le capital déclaré dans les statuts est inférieur au minimum légal, si les statuts n'ont pas revêtu la forme notariée ou n'ont pas été approuvés par l'administration (là où l'autorisation est encore nécessaire –v. supra), si l'actionnaire unique ou tous les fondateurs n'avaient pas la capacité d'exercice lors de la signature de statuts, si l'objet social est illégal ou contraire à l'ordre public (au sens des valeurs fondamentales de l'ordre juridique grec, y compris les bonnes mœurs –v. supra)<sup>738</sup>. Le droit grec écarte ainsi comme causes de nullité de l'AE elle-même la plupart des irrégularités par rapport à l'impératif de la loi 2190/1920 une fois la société publiée (l'administration devait toutefois refuser l'autorisation de constitution et l'immatriculation en cas de telles irrégularités, ce refus demeurant obligatoire pour les AE de droit spécial soumises encore au régime de l'autorisation administrative -v.supra) ; mais nous voyons aussi que le droit grec, à la différence du droit français, a maintenu comme causes de nullité de l'AE elle-même certaines violations particulièrement graves de l'impératif sociétaire dans la constitution de la société. A sens inverse, à la différence du droit français, les causes de nullité des actes juridiques en général sont écartées une fois l'AE constituée, l'énumération de l'art. 4a étant réputée limitative, sauf bien sûr en cas d'objet social statutaire contraire à l'ordre public général (loi impérative et bonnes mœurs), l'hypothèse d'école d'une AE pluripersonnelle constituée exclusivement par des incapables et après 2007 le cas d'une AE unipersonnelle constituée par un incapable. Selon l'opinion dominante, les causes de

---

<sup>737</sup> Avant la transposition de la première directive communautaire en droit grec en 1986, le droit grec ne contenait pas de dispositions expresses sur le régime de nullités de la société anonyme. La doctrine proposait des constructions visant à restreindre les causes et les effets de la nullité de cette société mais des incertitudes importantes existaient en la matière. V. sur ce régime antérieur L.Georgakopoulos « Droit des sociétés », t. 2, p. 95 suiv, K.Pamboukis « Partie générale », p. 89 suiv. La réforme de 2007 a logiquement supprimé la possibilité d'annulation d'une AE constituée comme unipersonnelle (elle a permis la constitution d'AE unipersonnelles) et elle a rendu la nullité de la société plus difficile, en prévoyant des possibilités de régularisation et en introduisant une prescription particulièrement courte.

<sup>738</sup> A. Karagounidis, in « Le droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis) t. 1, p. 537 suiv., E. Perakis « Le nouveau droit... », p. 13. Sur la nullité des EPE v. Michalopoulos in “Droit de l'EPE” (dir. E. Perakis), p. 143 suiv. Sur les IKE v.

défectuosité des actes juridiques en général sont exclues largement même pour la seule souscription au capital social une fois l'AE constituée, la priorité étant donnée à la protection de la confiance des tiers au capital social annoncé par la société<sup>739</sup>. Le régime et les effets de la nullité de l'AE diffèrent ainsi beaucoup de la nullité du droit commun, avec comme conséquence une convergence- non absolue- avec le droit français : si tout intéressé peut agir en nullité de l'AE contre cette dernière, cela se fait aujourd'hui dans un bref délai d'extinction de deux ans dès l'immatriculation de la société (sauf en cas d'objet illicite), seulement par voie d'action, la nullité devant être prononcée en justice, les vices sont largement régularisables (même l'illicéité de l'objet social, à la différence du droit français), la nullité une fois prononcée n'a d'effets que pour l'avenir, agissant erga omnes comme dissolution suivie de liquidation, avec maintien de l'obligation des actionnaires de libérer leurs apports pour les besoins de la liquidation (4a § 2 suiv.). Pour conclure, si les besoins de la vie de la société-entreprise et l'harmonisation communautaire ont abouti à une convergence du droit français et du droit grec en matière de nullité des sociétés anonymes, des différences importantes demeurent entre les deux droits, dues à des conceptions différentes quant au rôle des vices du contrat de société et des atteintes à l'imperatif sociétaire stricto sensu pour le régime des nullités de ces sociétés.

### **Les palliatifs de la nullité**

La restriction des causes de nullité de la société elle-même commune pour les deux droits – du moins dans les sociétés de capitaux – ne peut bien sûr signifier une permission pour la commission de n'importe quelle autre irrégularité dans la constitution des sociétés. Le droit français a ainsi introduit un dispositif de responsabilité solidaire pour les fondateurs et premiers dirigeants des sociétés pour tout défaut de mention obligatoire dans les statuts ou omission ou accomplissement irrégulier d'une formalité obligatoire durant la constitution de la société qui cause un préjudice à la société ou un tiers (art. 1840 C.civ., L210-8 C.com.)<sup>740</sup>. La réforme du droit grec des AE en 2007 a introduit un dispositif

---

<sup>739</sup> V. A. Karagounidis op. cit., p. 573 suiv., avec les exceptions de l'incapacité d'exercice ou de certains défauts particulièrement graves, p. ex. violence « absolue » ou faux. Il s'agit d'une solution inspirée par l'opinion depuis longtemps dominante en Allemagne, sacrifiant les intérêts du souscripteur individuel à la confiance économique qu'exige la réalité du capital social annoncé par la société. Mais quand la nullité et l'annulabilité sont exclues, il y a toujours la possibilité d'agir en dommages-intérêts contre le responsable.

<sup>740</sup> V. P. Didier, t. 2, p. 161, 172. Il s'agit d'une responsabilité sans faute, sur le fondement de l'idée que les personnes en cause sont les garants de la régularité de la société. Comme formalité on doit entendre plus généralement toute condition de régularité, y compris celles de fond, p. ex. capital social inférieur au minimum légal. Sur l'introduction d'une responsabilité des auteurs d'une cause de nullité de la société, même si la nullité a été couverte, pour les SA solidairement à la charge



analogue de responsabilité des fondateurs – non des premiers dirigeants- à l'égard de la société et des tiers de bonne foi (actionnaires ou non) pour certaines irrégularités graves dans la constitution, dans le but de contrebalancer la suppression de fait de tout contrôle préventif de fond de la constitution de l'AE (2§3 L2190/1920)<sup>741</sup>. Le droit français a prévu comme palliatif de la nullité la possibilité pour tout intéressé et le ministère public de demander au tribunal d'imposer à la société – sous menace d'astreinte – la régularisation du vice qui entache sa constitution et ne constitue pas une cause de nullité de cette dernière (1839 C.civ., L210-7 C.com.)<sup>742</sup>. Surtout, le droit français des sociétés a largement recours à la technique des clauses réputées non écrites pour sanctionner les violations de l'impératif sociétaire dans les statuts (1844-10 C.civ, et plusieurs dispositions spéciales du Code de commerce). La clause réputée non écrite est pratiquement inexistante, sans besoin de décision judiciaire, sans prescription, de plein droit, sans impact sur le reste du contrat<sup>743</sup>. Le cumul du droit commun de nullité avec le *numerus clausus* des causes de nullité de la société elle-même produit pour les AE, EPE et IKE du droit grec le même effet que les clauses réputées non écrites du droit français pour toute clause statutaire contraire à l'impératif des L2190/1920, L3190/1955 et L4072/2012. En plus, comme nous avons vu ci-dessus, la doctrine et la jurisprudence grecques, même à défaut d'une disposition spéciale, tendent à isoler et à réputer comme non écrites les clauses des statuts nulles car contraires à l'ordre public sociétaire dans les sociétés des personnes, en les considérant comme sans impact sur le reste du contrat de société lui-même.

---

des fondateurs auxquelles l'annulation est imputable et des premiers dirigeants – la responsabilité de ces derniers étant présumée- v. art. 1844-17, L2356-13, L223-10, L225-249 C.com, P. Didier, t.2, p. 169-170. L'action en responsabilité pour un vice ne pouvant pas emporter la nullité se prescrit dans les dix ans dès l'immatriculation, tandis que l'action contre les fauteurs d'une cause de nullité se prescrit dans les trois ans du jour de l'acquisition de la force de chose jugée par la décision ayant prononcé la nullité ou dès le jour où la nullité a été couverte.

<sup>741</sup> V. E. Perakis « Le nouveau droit... », p. 7. L'article en cause exige, à la différence du droit français, la faute des fondateurs- connaissance ou ignorance fautive de leur part du défaut (omission de mention obligatoire dans les statuts, inclusion dans les statuts ou avant la souscription d'information inexacte, omission de la procédure d'évaluation et de libération des apports en nature) - comme condition de responsabilité ; cette dernière peut être engagée aussi en cas de prononciation de la nullité de la société avec les mêmes conditions subjectives. La prescription extinctive de l' action est de cinq ans. V. aussi art. 7 par. 5 L3190/1955 sur la responsabilité solidaire des associés de l'EPE responsables pour la nullité de cette dernière à l'égard des autres associés et des tiers.

<sup>742</sup> V. P. Didier, t. 2, p. 171-172. Il s'agit quant à la nature de l'irrégularité du pendant de l' action en responsabilité des fondateurs et dirigeants pour des irrégularités ne fondant pas une cause de nullité, avec cette différence que l'action en régularisation se prescrit par trois ans dès l'immatriculation, délai qui limite son efficacité.

<sup>743</sup> V. Cottureau « La clause réputée non écrite », JCP G 1993 I, 3691, J. Cullman « Remarques sur les clauses réputées non écrites », D 1993, 59.

## **Régime des nullités des sociétés et montages**

La stabilisation du statut juridique des sociétés dans les deux pays par la restriction des causes de nullité est bien sûr un facteur important pour le recours à la forme sociétaire par les auteurs des différents montages – une conclusion, il est vrai, qui ne vaut pleinement en droit grec que pour les sociétés de capitaux, les sociétés de personnes ayant un régime de nullité les rendant très fragiles, si l'on s'intéresse plutôt à la stabilité du montage. D'autre part, l'exclusion des causes de nullité du droit commun pour les AE grecques renforce plus qu'en droit français la stabilité de ces sociétés dans le cadre des montages (v. ci-dessous plus particulièrement sur les sociétés fictives et frauduleuses dans le cadre des montages). Ces conclusions valent sous réserve de la possibilité de levée de la personnalité morale, sur un fondement indépendant de la théorie de la société comme contrat et ses vices (v. ci-dessous) Dernier problème concernant les montages est celui de l'impact exact des dispositions impératives du droit des sociétés dont les violations sont sanctionnées par le régime des clauses réputées non écrites sur non pas les clauses statutaires, mais sur les pactes extra-statutaires conclus rationne societatis entre les associés ou même entre les associés et des tiers (v. infra, Partie II).

## **B. Les sociétés fictives et frauduleuses du point de vue des vices du contrat de société et de la nullité de ce dernier - leur relation avec le phénomène des montages**

### **Généralités**

Les dernières décennies le droit des sociétés est dans la plupart des pays caractérisé par une instrumentalisation très étendue des structures sociétaires par les particuliers dans le cadre des différents montages sociétaires. Cette instrumentalisation va largement au delà de la finalité-type des sociétés, à savoir d'être des structures juridiques d'entreprises, mais elle passe aussi souvent par l'utilisation fictive et/ou frauduleuse des sociétés dans le cadre de ces montages. Le sort que les deux droits sous comparaison réservent aux sociétés fictives et frauduleuses est ainsi particulièrement important pour l'environnement des montages sociétaires, pour l'ordre public sociétaire mais aussi pour l'ordre public économique en général. Mais les deux droits sous comparaison – celui français et celui grec – ne donnent pas le même sens à la notion de société fictive et leur

attitude quant à la sanction des sociétés fictives et frauduleuses par la nullité n'est pas la même.

### **Les sociétés fictives et frauduleuses en droit français**

La notion de société fictive est traditionnellement comprise en droit français dans le prolongement de la théorie de la simulation du droit commun (v. supra), comme la société conclue en tant que contrat avec consentement des associés non véritable mais seulement apparent, sans existence de l'élément nécessaire de l'affectio societatis entre associés<sup>744</sup>. Est notamment caractérisée en droit français comme fictive la société – toute société, de personnes ou de capitaux – constituée par un maître de l'affaire, personne physique ou morale, et des hommes de paille et dissimulant une entreprise personnelle du premier, qui s'efforce de la sorte de combiner le contrôle totale sur cette entreprise avec les avantages offerts par l'existence d'une société, notamment d'une société à risques limités ; mais la société fictive peut dans d'autres cas même ne pas correspondre à l'existence d'une entreprise et dissimuler –dans la grande majorité des cas frauduleusement- un autre rapport juridique (v. infra Partie II avec plus de détails sur les différents montages avec recours aux sociétés fictives)<sup>745</sup>. La fictivité d'une société est établie dans la jurisprudence française par le biais d'un faisceau d'indices (notamment fictivité d'un ou plusieurs apports, absence de vie sociale et de respect des « rites » du droit des sociétés, relations de subordination entre associés, existence d'accords de cessions des droits sociaux des comparses en blanc au profit du maître de l'affaire, confusion des patrimoines de la société et du maître de l'affaire –v. pourtant infra sur la relation conceptuelle compliquée entre fictivité et confusion de patrimoines en droit des procédures collectives)<sup>746</sup>. La société fictive étant caractérisée par le défaut de l'élément fondamental selon la conception française du contrat de société, à savoir de l'affectio societatis, la conséquence en est que la sanction de la fictivité de la société est sa nullité pour non-conformité à l'art. 1832 C. civ. (fondement de l'exigence de l'affectio societatis- v.supra), disposition de base pour l'ordre public sociétaire français, bien

---

<sup>744</sup> Sur la société fictive en droit français v. M.Coizan-A.Viandier-Fl.Deboissy n° 145 suiv, Ph.Merle n° 46, M.Germain-V.Magner n 1056-37, J-J. Daigre « Société fictive », in Rep. soc. Dalloz, A. Martin-Serf « Sociétés fictives et frauduleuses », in J-Cl sociétés, Ch.Cutajar-Rivière « La société écran », thèse précitée, n° 314 suiv et les articles de P.Rouast-Bertier « Société fictive et simulation », Rev. soc. 1993, p. 725, L.Commanges « Le dangereux paradoxe des sociétés fictives », Bul. Joly 2003, p. 12.

<sup>745</sup> V. sur la société manipulée par un seul des associés A. Martin-Serf, nos 16 suiv.et no 22 sur le cas particulier d'une société fictive manipulée par un tiers. Pour les autres catégories de sociétés simulées v. ibid, nos 42 suiv..

<sup>746</sup> M. Cozian-A. Viandier- Fl. Deboissy no 147, 156, A. Martin-Serf, op. cit., no 23 suiv.

que la simulation en droit commun français soit en principe neutre (v. supra)<sup>747</sup>. Cette conception de la fictivité est ainsi étroitement liée à la conception de la société comme contrat, dont les éléments essentiels ne peuvent pas être disposés librement par les particuliers ; le concours ou non de l'affectio societatis et le caractère de la société comme fictive sont de la sorte traditionnellement appréciés au moment de la constitution de la société (bien que souvent par le biais d'indices postérieurs) ; une jurisprudence plus récente admet pourtant qu'une société peut devenir fictive au cours de son fonctionnement par la mainmise progressive d'un associé sur elle<sup>748</sup>. La solution de l'application en matière de sociétés fictives du régime spécial et restrictif des nullités du droit des sociétés (v. supra) – et non pas de celui de l'inexistence, solution adoptée dans le passé par un important courant doctrinal et jurisprudentiel – est favorable à la survie de la société fictive, mais surtout elle est protectrice des intérêts des tiers qui de bonne foi ont contracté avec la société fictive, car la nullité ne leur est pas opposable<sup>749</sup>. Le droit d'agir en nullité de la

---

<sup>747</sup> Sur la société fictive comme par définition manquant l'affectio societatis et par conséquent non valable comme ne correspondant pas à la définition de la société de l'art. 1832 C. civ. v. A. Martin-Serf, op. cit., no 4 suiv.. Pour une vive contestation du rôle attribué à l'affectio societatis en matière de fictivité de la société v. V. Cuisinier, thèse précitée sur l'affectio societatis, p. 132.

<sup>748</sup> Sur le caractère étroitement lié à la philosophie de la société-contrat de la nullité pour fictivité en droit français v. J.-J. Daigre n° 5. Sur l'appréciation traditionnelle de la fictivité au moment de la constitution de la société v. A. Martin-Serf no 9 et la jurisprudence y citée. Sur la fictivité comme pouvant survenir durant la vie de la société C. cass. 1<sup>er</sup> Ch. civ. 20 nov. 2001 JCP E, 2002, p. 225, note A. Viandier, Dr. et patr. mars 2003, p. 103, obs. D. Poracchia, A. Martin-Serf nos 10, 102 103 (ce dernier auteur croit pourtant que ce serait mieux de maintenir la nullité comme sanction des vices dans la constitution de la société, la perte de l'affectio societatis durant le fonctionnement devant être réputée une cause de dissolution de la société).

<sup>749</sup> Sur la nullité comme sanction de la société fictive v. l'arrêt de principe Lumale C.cass. Ch.com. 16 juin 1992, D. 1993, p. 508, note L.Collet. V. aussi Ch. com. 22 juin 1999, JCP E 2000, 181 note Ch. Cutajar, Rev. soc. 2000, p. 825, note A. Constantin. Il s'agit, semble-t-il, d'une nullité absolue, tout intéressé pouvant exercer l'action (mais il doit s'agir d'un intérêt juridique, non seulement économique, comme c'est p. ex. le cas avec un concurrent) et le tribunal pouvant la relever d'office. V. sur les aspects particuliers de cette action et notamment les difficultés concernant les questions de sa prescription et de la preuve J-J Daigre, no 53 suiv., A. Martin-Serf, nos 83 suiv. La nullité est bien sûr de prescription triennale, et la Cour de cassation admet aujourd'hui que la prescription commence à courir au moment où la fictivité est survenue, en condamnant un courant jurisprudentiel qui la regardait comme imprescriptible tant que le défaut d'affectio societatis durait – v. ainsi l'arrêt précité du 20 nov. 2001 de la 1<sup>er</sup> Ch. civ., M. Cozian-A. Viandier –Fl. Deboissy, no 152 ; mais l'exception de nullité est imprescriptible, comme en droit commun –M. Cozian-A. Viandier- Fl. Deboissy, no 159. Est aussi débattue la question de l'exigence d'un écrit ou au moins d'un commencement de preuve par écrit pour prouver la fictivité, si c'est un associé qui l'invoque –il est pourtant sûr que les tiers peuvent la prouver par tout moyen. Parmi les arrêts antérieurs ayant adopté la théorie de l'inexistence v. p. ex. C.cass. Ch. com. 19 décembre 1983, Bul. Joly 1984, p. 295. Un courant important d'auteurs soutenait la sanction d'inexistence, en croyant que la nullité du droit des sociétés, fortement dérogoire au droit commun (v. supra), était une sanction trop légère pour un vice tellement grave que la fictivité. La société inexistante le serait avec rétroactivité, sans besoin de décision judiciaire, sans délai de prescription, sans possibilité de régularisation, sans étape de

société fictive est toutefois selon la conception traditionnelle française l'un seulement des moyens offerts pour agir contre la simulation et établir la réalité derrière l'apparence de la société fictive ; les tiers peuvent ainsi, s'ils en ont intérêt, préférer invoquer la réalité et agir en déclaration de simulation (v. supra sur l'action en déclaration de simulation en droit commun français) dans le but de percer l'écran de la société fictive, en atteignant le véritable maître de l'affaire derrière la société fictive ou, à sens inverse, en saisissant les biens de ce dernier « apportés » à la société fictive. Ce dualisme de sanctions de la fictivité, tout en étant pratiquement opportun, car il permet aussi bien de percer l'écran de la société fictive que d'éliminer cette dernière pour l'avenir, ne va pas sans certaines difficultés concernant la relation entre action en déclaration de simulation et action en nullité ; en plus, une partie importante de la doctrine réagit à l'acceptation de l'action en déclaration de simulation dans le cas des sociétés fictives, en la jugeant comme une autre manière de réintroduire l'inexistence comme sanction de la fictivité ou comme un substitut déplacé de l'action paulienne<sup>750</sup>. En cas de conflit entre des tiers avec des intérêts opposés, les uns

---

liquidation selon les statuts, sans possibilité de procédure collective ; la conséquence en était que certains associés de sociétés fictives ont eu recours à l'inexistence de leur société pour nuire aux intérêts du fisc, mais aussi que des créanciers personnels des associés ont invoqué l'inexistence contre les créanciers sociaux ayant acquis des sûretés sur les biens de la société fictive. V. M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy, nos 145 suiv., J-J. Daigre, nos 57 suiv., A. Martin-Serf, nos 116 suiv., 123. Il est à noter que, si après l'écoulement du délai de prescription de la nullité on ne peut plus demander la nullité de la société pour fictivité, la possibilité de sa dissolution judiciaire à la demande d'un associé pour juste motif sur le fondement d'absence d'affectio societatis demeure toujours ouverte - v. M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy, n° 152.

<sup>750</sup> Pour des cas dans la jurisprudence d'acceptation de l'action en déclaration de simulation en cas de fictivité et les réactions critiques de la doctrine v. CA Paris 28 octobre 1999, Bull. Joly 2000, 219, note critique J.-Ph. Dom, C. Cass 3<sup>e</sup> Ch. Civ. 4 juin 2003, Bull. Joly soc. 2003, p. 1070, note critique F-X Lucas, C. cass. 3<sup>e</sup> Ch. civ. 10 oct. 2007, BRDA 21/2007, p. 3, C. cass. 3<sup>e</sup> Ch. Civ. 18 déc. 2007, Dr. soc. 2008, comm. 121, obs. critiques R. Mortier, Ch. com. C. cass. 11 mars 2008, Dr. soc. 2008, comm. 116, note M-L Coquelet (dans ce dernier cas la possibilité de l'action en déclaration de simulation a été admise mais la fictivité a été jugée non-établie). Les tiers doivent exercer l'option entre l'apparence et la réalité d'une manière indivisible et irrévocable. V. A. Martin-Serf, nos 83 suiv. et supra, note précédente, sur les conditions de l'action en déclaration de simulation et son rapport à la nullité. Par contre, selon le Pr. Daigre –op. cit., nos 55 suiv. – l'action en déclaration de simulation est applicable seulement sur les cas de sociétés fictives dissimulant un autre rapport juridique (v. infra sur la contestation de l'application du régime de simulation en matière de sociétés fictives). Des problèmes surgissent en ce qui concerne le délai de prescription de l'action en déclaration de simulation par rapport à celle de l'action en nullité de la société fictive, qui, comme nous avons vu ci-dessus, est celle triennale du droit des sociétés. Pour l'indépendance de la prescription de l'action en déclaration de simulation par rapport à celle de l'action de nullité du droit des sociétés A. Martin-Serf, no 102. Selon ce point de vue, l'action en déclaration de simulation est soumise à la prescription du droit commun, à savoir de 30 ans jusqu'en 2008, et aujourd'hui de 5 ans depuis le jour où le titulaire du droit d'agir a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'agir (art.2224 C. civ.); c'est parce que, selon cet auteur, l'action en déclaration de simulation et celle en nullité ne sont pas de la même nature, mais la question de la nullité surgit seulement une fois la simulation établie, d'autres

invoquant la réalité derrière la société fictive et les autres l'apparence créée par cette société, la doctrine et la jurisprudence donnent, comme en droit commun de simulation, mais aussi en conformité avec le caractère non-retroactif des nullités en droit des sociétés, la priorité à ceux qui de bonne foi ont contracté avec la société fictive et invoquent l'apparence<sup>751</sup>. En dehors de ces solutions du droit des sociétés et de la question de la nullité de la société fictive, en cas de fictivité d'une personne morale –pratiquement d'une société-, le droit français prévoit la possibilité d'étendre par décision judiciaire la procédure collective déjà ouverte pour atteindre la personne derrière la société fictive ou englober la société fictive à la procédure ouverte contre cette personne ou pour englober plusieurs sociétés fictives apparentées dans la même procédure (art. L621-2 C.com., introduit en 2005) ; il s'agit d'une consécration expresse de la notion de fictivité que la jurisprudence française utilisait traditionnellement pour étendre la procédure collective à l'égard du maître de l'affaire, avec toutefois imposition à la société fictive d'un régime qui relève largement de la négation de sa personnalité morale<sup>752</sup>. On ne doit pas par ailleurs confondre avec la société fictive ou avec l'apport fictif la souscription fictive ou par prête-nom à une société pour le reste réelle, l'associé fictif ne pouvant pas en tout cas invoquer cette fictivité de sa souscription pour échapper à ses obligations d'associé, solution qui est en conformité avec celle de droit commun en matière de simulation<sup>753</sup>.

---

sanctions de la fictivité étant possibles, et les prévisions du droit des sociétés sur la prescription comme exceptionnelles ne peuvent pas être étendues à l'action en déclaration de simulation. V. aussi J-J. Daigre, no 60, selon qui à l'action en déclaration de simulation – si la société fictive est vue comme un cas de simulation- est adjointe l'action en nullité de cette dernière, avec comme conséquences que leur régimes de prescription sont différentes .

<sup>751</sup> Sur cette préférence donnée à l'apparence v. C.cass. Ch.com.. 22 juin 1999, précité, A.Martin-Serf nos 90, 91.

<sup>752</sup> Selon cet article, à la demande de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du ministère public ou d'office, la procédure ouverte peut être étendue à une ou plusieurs autres personnes en cas de confusion de leur patrimoine avec celui du débiteur ou de fictivité de la personne morale. L'extension de la procédure a comme effet que les actifs et passifs des personnes y soumises sont réunis dans une procédure unique, l'actif de la société n'étant pas de la sorte le gage des seuls créanciers sociaux de bonne foi, à la différence de ce qui résulte de l'adoption de la nullité comme sanction de la fictivité. Mais les dettes contractées et les privilèges octroyés par les organes de la société fictive à l'égard de tiers de bonne foi sont réputés valables, et les créanciers des personnes englobées dans la même procédure concourent sur leurs actifs unis. Sur la fictivité en droit des procédures collectives v. P. Le Cannu « Entreprises en difficulté », nos 232 suiv., A. Martin-Serf, op. cit., nos 181 suiv., F-X. Lucas, op. cit., nos 97.81 suiv. Mais l'ouverture d'une procédure collective contre une société fictive n'empêche pas l'exercice ou la poursuite de l'action en déclaration de simulation par un tiers, et de la sorte l'action en extension n'a pas le monopole de l'effort d'établir la réalité une fois la procédure ouverte – Ch. com. C. cass 11 mars 2008, précité, A. Martin-Serf, op. cit., no 101.

<sup>753</sup> CA Versailles 27 septembre 1990, Bul. Joly 1990, p. 1033, note P. Le Cannu. Sur la notion de souscription fictive v. H. Blaise « Apports », in Rep. soc. Dalloz nos 61 suiv. D'autre part,

Il est d'autre part vrai que l'impact de la théorie traditionnelle de la société fictive en matière de nullités est en droit français en voie de déclin: en premier lieu, la jurisprudence française, en voulant garantir la sécurité juridique et tenant compte de la réalité de la vie des sociétés, distingue très nettement la société fictive de celle dont la grande majorité du capital est entre les mains de la même personne ou dont les associés ont entre eux des liens de parenté ou celle qui demeure inerte, ces indices n'étant pas seuls suffisants pour établir la fictivité ; l'établissement de la fictivité de la société n'est pas ainsi facile, une fois l'autonomie patrimoniale de la société et les rites de la vie sociale respectés. En second lieu, le progrès des sociétés unipersonnelles (v. supra) et la reconnaissance du patrimoine affecté avec l'introduction de l'EURL (L526-1 à L526-21 C.com.) rendent largement sans intérêt le recours aux sociétés fictives constituées par un maître de l'affaire et des « hommes de paille » pour masquer une exploitation unipersonnelle ; mais d'autre part la jurisprudence française admet la possibilité d'une société unipersonnelle fictive<sup>754</sup>. La crise de la conception contractualiste de la société et de la notion d'affectio societatis y attachée (v. supra) rendent d'ailleurs problématiques les fondements mêmes de la conception traditionnelle sur la fictivité. Une partie importante de la doctrine conteste ainsi l'assimilation entre fictivité et simulation par défaut d'affectio societatis et croit que la jurisprudence tend à utiliser aussi des critères plus objectifs pour établir la fictivité que celui traditionnel subjectif et de la sorte à s'affranchir de la conception contractualiste en la matière ; des auteurs croient en plus que cette nouvelle acception de la fictivité est plus conforme à la réalité de la société comme expression juridique de l'entreprise dépassant la catégorie du contrat ou comme organisation, notamment exprimée par la personne morale de la société (v. infra sur

---

la souscription par prête-nom n'est pas en elle-même nulle, s'il n'y a pas de fraude et les apports ont vraiment été libérés- v. H.Blaise op.cit. no 66, A.Martin-Serf no 62. Le seul fait que l'apport ait été effectué par des sommes empruntées ou résultant d'un don ne rend pas la souscription fictive - C.cass. 1ère Ch. civ. 23 mai 1977, D. 1978, p. 89, note M. Jeantin. Mais une société constituée par un maître de l'affaire avec des prête-noms ou une société dont tous les apports sont fictifs est bien sûr elle-même fictive.

<sup>754</sup> Sur le déclin de l'impact de la fictivité comme cause de nullité v. M.Coizan-A.Viandier-Fl. Deboissy n° 153, Th. Massart « Société (contrat de société) », in Rép. soc., no 77. V. aussi pour des exemples de refus jurisprudentiel d'admettre facilement la fictivité CA Paris 21 nov. 1989, Bull. Joly soc. 1990, p. 186, C.cass. Ch.com. 19 mars 1996, RTD com. 1996, p. 686, obs. Cl. Champaud-D.Danet, 19 févr. 2002, JCP G, I, 174, note Ph. Pétel (le litige concernait une demande en extension d'une procédure collective d'une société à l'associé –l'identité entre associés de deux sociétés, le fait de l'une d'elles –société mère de l'autre- de contracter un emprunt pour le compte de la seconde, l'absence d'autre activité pendant quatre ans de cette première société, ne suffisent pas pour établir la fictivité, à défaut d'établir que l'associé agissait comme maître de l'affaire sous le masque de la personne morale de la société) et plus généralement sur la difficulté avec laquelle les tribunaux admettent la fictivité pour défaut d'affectio societatis A. Martin-Serf op.cit., nos 24 suiv. Sur la fictivité et les sociétés unipersonnelles v. A. Martin-Serf op.cit. nos 11 suiv. Pour un arrêt qui a accepté la fictivité d'une EURL v. CA Paris 13 juillet 1993, Rev. soc. 1993, p. 874, note A. Honorat.

la fictivité et l'abus de personnalité morale)<sup>755</sup>. Toutefois, il est vrai que ces distinctions n'ont pas été explicitement admises par la jurisprudence et les critères objectifs –des défauts dans la vie de la société comme personne morale- peuvent aussi être vus comme moyens pour établir celui subjectif traditionnel, à savoir le défaut d'affectio societatis, de sorte qu'on ne peut pas assurer que la conception française de la fictivité a acquis dans la jurisprudence une autonomie par rapport au contenu contractualiste traditionnelle de la notion. En plus de ces difficultés quant au contenu de la notion de la fictivité, des difficultés existent quant à la délimitation conceptuelle de la fictivité par rapport à la confusion de patrimoines que le droit français prévoit depuis 2005 expressément comme cause distincte de l'extension d'une procédure collective (v. infra). De la sorte, la situation du droit français ne semble pas aujourd'hui satisfaisante pour ce qui concerne la clarté de la notion de société fictive et de ses fondements conceptuels<sup>756</sup> ; on pourrait pourtant dire que, malgré ces problèmes conceptuels, les indices utilisés par la jurisprudence française pour établir la fictivité réussissent à sanctionner des structures sociétaires anormales. Pour ce qui concerne les effets de la fictivité, la conformité de la nullité des sociétés fictives en droit français avec le régime des nullités du droit communautaire est mise en question ces dernières années, notamment parce que le défaut d'affectio societatis ne figure pas dans la première directive

---

<sup>755</sup> L'identification entre fictivité et simulation est d'abord contestée notamment pour ce qui concerne les sociétés fictives couvrant l'activité d'un maître de l'affaire, avec l'argument de l'inexistence sous l'acte apparent d'une contre-lettre qu'exige la conception française sur la simulation – v. ainsi J-J Daigre, op. cit., no 24, A. Martin-Serf, op. cit., no 4. Plus essentiellement, la conception traditionnelle sur la fictivité est contestée sur le fondement de la crise de la notion d'affectio societatis et de son incapacité d'offrir une base conceptuelle pour le phénomène sociétaire : multiplication des structures sociétaires essentiellement unipersonnelles, notamment dans le cadre des groupes de sociétés, reconnaissance des sociétés unipersonnelles dans lesquelles l'affectio societatis n'a pas de sens, multiplication des actionnaires-investisseurs essentiellement sans affectio societatis dans les sociétés ouvertes au public – v. P. Rouast-Bertier, op. cit., nos 13 suiv. –v. pourtant pour l'exigence de l'affectio societatis dans les sociétés unipersonnelles et sur la possibilité d'EURL fictives comme simulées A. Martin-Serf, op. cit., no 14. La prise de conscience de ce que la société n'est pas seulement un contrat mais aussi une organisation exprimée juridiquement par une personne morale aboutit à la prise en compte des défauts dans la personne morale –notamment du manque de vie sociale et d'autonomie organisationnelle et patrimoniale- indépendamment de l'appréciation de la volonté des associés au moment de la création de la société, à la différence de la conception classique de la fictivité et de la simulation, qui sont appréciés au moment de la conclusion du contrat selon l'intention des parties – v. J-J Daigre, op. cit., nos 6-7, 17 suiv., P. Rouast- Bertier, op. cit., nos 19, 36 suiv.. Pour des arrêts pour lesquels ce courant de pensée considère qu'ils dépassent la conception traditionnelle de la fictivité v. Ch. com. C. cass 28 nov. 1989, Bull. Joly 1990, 170, CA Paris 12 mai 1990, D 1990, IR 93, Ch. com. C. cass 21 nov. 1995, JCP E 1995, p. 852, note J-J Daigre. V. aussi pour un cas de coexistence de critères l'arrêt précité de la Chambre commerciale du 22 juin 1999 avec la note d'A. Constantin. Pour la conception traditionnelle de la fictivité comme simulation v. F-X Lucas, op. cit., no 97.81.

<sup>756</sup> V. J-J Daigre, op. cit., nos 18-19, P. Rouast- Bertier, op. cit., nos 26, 38, ce dernier auteur soulignant le caractère fourre-tout de la notion de fictivité.



communautaire comme cause de nullité des sociétés de capitaux ; toutefois, la jurisprudence française semble continuer d'appliquer ses solutions traditionnelles en matière de fictivité, et en plus l'extension de la procédure collective sur le fondement de la fictivité de la société ne constitue pas une nullité et par conséquent il n'y a pas de question de sa prohibition par le droit communautaire<sup>757</sup>. Ainsi, malgré le déclin de la conception traditionnelle de la notion, le danger de fictivité demeure encore important en droit français pour les sociétés utilisées dans le cadre de différents montages sociétaires, soit sur le fondement traditionnel subjectif et contractuel, soit sur des critères plus objectifs de cette notion, notamment dans le cadre d'une procédure collective.

L'application aux sociétés de tout type de la théorie de la fraude (v. supra sur la notion de fraude en droit français) a comme conséquence que l'apport à la société ou la société elle-même – toute société, de personnes ou de capitaux – peuvent aussi être sanctionnés en droit français sur le fondement de la fraude – fraude à la loi impérative (notamment loi fiscale –v. supra sur l'abus de droit - fraude à la loi fiscale-, droit des successions, réglementations spéciales des professions) ou aux droits des créanciers (notamment en cas de fraude paulienne-v. supra)<sup>758</sup>. La jurisprudence française utilise souvent les termes de société fictive et société frauduleuse cumulativement ; pourtant, si les sociétés fictives servent le plus souvent un but de fraude (cas de fictivité frauduleuse), techniquement simulation-fictivité et fraude sont des notions distinctes (v. supra sur l'exclusion mutuelle des régimes de simulation- même frauduleuse- et de fraude au sens strict, utilisant des actes réels et efficaces, en droit commun) ; mais il est d'autre part vrai

---

<sup>757</sup> V. sur l'ensemble de la question M.Cozian-A.Viandier-Fl. Deboissy n° 160, Th. Massart n° 97. L'objection de l'opposition au droit communautaire ne vaut pas toutefois dans la mesure où la société fictive constituée par un maître de l'affaire et des hommes de paille pourrait être ramenée à une société en fait unipersonnelle dans le cas de la société anonyme, pour laquelle le droit français ne reconnaît pas la société unipersonnelle, car le caractère unipersonnel peut être une cause de nullité de la société pour le droit communautaire – contra P. Rouast-Bertier, op. cit., no 34. En plus, pour cet auteur, la diminution drastique des causes de nullités des sociétés de capitaux par le droit communautaire s'inscrit dans le mouvement plus général vers une conception plus formaliste ou « mécanique » de la personne morale des sociétés, exprimée depuis 1966 en droit français par l'introduction de l'attribution de la personnalité morale des sociétés avec leur immatriculation, et de déclin de la conception contractuelle de la société et de la conception traditionnelle sur la fictivité comme cas de simulation –op. cit., nos 35 suiv. Pour un arrêt n'acceptant pas le défaut d'affectio societatis et la fictivité comme causes de nullité de la société v. CA Paris 21 sept. 2001, Bull. Joly 2002, p. 626, note M. Menjucq, Dr. soc. 2002, com. 78, note Th. Bonneau. Pour la conformité de l'extension de la procédure collective sur le fondement de la fictivité avec le droit communautaire Ch. com. C. cass. 19 févr. 2002, JCP G 2002, I, 174, no 1, obs. Ph. Pétel, cet auteur liant action en extension de la procédure et action en déclaration de simulation.

<sup>758</sup> Sur les sociétés frauduleuses v. M.Cozian-A.Viandier-Fl. Deboissy n° 154, A.Martin-Serf « Sociétés fictives et frauduleuses » n° 51 suiv, avec une liste des cas de fraude à la loi impérative et de fraude aux intérêts privés, Ch.Cutajar-Riviere, thèse précitée, n° 283 suiv.

que la distinction entre la société dont le but exclusif est la fraude et la société fictive est tenue<sup>759</sup>. Il est en plus à noter que le but de limitation de responsabilité ou de segmentation des risques ne rend pas à lui seul la société frauduleuse (v. infra Partie II). Selon la jurisprudence et la doctrine françaises, la victime de la fraude à ses droits ou tout intéressé en cas de fraude à une loi d'ordre public (au sens, semble-t-il, d'une loi servant directement l'intérêt général) effectuée par le biais d'un apport en société ou de constitution d'une société ont une action en déclaration de fraude visant à établir l'effectivité de la règle fraudée. Les conditions de l'action du tiers dont les droits ont été fraudée et notamment de l'action paulienne exercée par le créancier d'un associé contre la société sont plus sévères que celles de l'action en déclaration de simulation ; mais d'autre part, une fois la fraude reconnue, la protection de la victime de la fraude par l'inopposabilité de l'apport frauduleux est plus énergique que celle des victimes de la fictivité<sup>760</sup>. La prononciation de la nullité de la

---

<sup>759</sup> V. sur ces aspects du sujet A. Martin-Serf, op. cit., nos 51, 149. Selon F-X Lucas –op. cit., no 97.87 – c'est l'établissement d'un but frauduleux qui amène le plus souvent les tribunaux d'étendre la procédure collective sur le fondement de la fictivité.

<sup>760</sup> V. A.Martin-Serf n° 126 suiv. sur le caractère plus rigoureux de l'action en déclaration de fraude et les conditions d'exercice et les effets de cette action suivant le caractère de la fraude comme fraude à la loi ou fraude aux droits des créanciers. Sur les conditions de l'action paulienne en droit français (qualité de créancier de la personne qui agit, antériorité de la créance par rapport à l'acte frauduleux, insolvabilité du débiteur en résultant, intention frauduleuse du débiteur et connaissance de la fraude de la part du cocontractant à un contrat à titre onéreux) v. supra et plus particulièrement pour les sociétés A. Martin-Serf, op. cit., nos 140 suiv., avec les difficultés concernant les éléments subjectifs et notamment le sens de l'intention frauduleuse du débiteur et la connaissance de la fraude par tous les associés, ou du moins du représentant de la société en cas d'apport à une société déjà existante. L'action se prescrit selon la prescription du droit commun, la preuve est permise par tous moyens et tous les associés (ou le représentant, en cas d'apport à une société existante) doivent être appelés à l'instance, comme conséquence de l'élément subjectif exigé. Sur les effets de la reconnaissance de la fraude paulienne en matière de sociétés (inopposabilité de l'apport au profit des seuls créanciers ayant figuré à l'instance) v. A.Martin-Serf, op. cit., nos 137 suiv, n° 147 : les créanciers sociaux perdent leurs droits sur le bien qui a été apporté frauduleusement à la société face au créancier qui a exercé avec succès l'action paulienne, à la différence de ce qui se passe en cas d'action en déclaration de simulation exercée par les créanciers de l'associé ; toutefois, la réussite de l'action paulienne en matière sociétaire n'agit pas contre les tiers acquéreurs de bonne foi. Pareilles solutions valent pour les apports en société effectués en fraude des droits des ayants cause de l'apporteur. Pour des cas d'acceptation de la fraude paulienne d'apports d'immeubles à des sociétés v. Ch. com. C. cass. 20 déc. 2000, Bull. Joly soc. 2001, p. 305, note H. Le Nabasque, 3 déc. 2002, Dr. soc. 2003, comm. 141, obs. F-X Lucas. L'effet de la déclaration de la fraude aux droits des créanciers effectuée par le biais de l'apport en société en dehors de la fraude paulienne au sens strict apportant insolvabilité du débiteur et notamment dans le cadre de promesses de vente ou de bail, pactes de préférence, clauses d'agrément avec effet relatif, est réputé consister à l'inopposabilité de l'apport au créancier victime de la fraude, bien que la sanction pour la fraude effectuée à de tels droits par le biais d'un contrat de vente soit selon la jurisprudence sa nullité- v. A. Martin-Serf, op.cit, nos 64 suiv.,et nos 144-145 sur l'aspect subjectif existant au cocontractant nécessaire pour établir la fraude. Pour un exemple de prononciation de la nullité pour fraude v. Ch. com. C. cass 3 juin 2008, Bull. Joly soc. 2008, p. 950.

société elle-même pour fraude suppose soit que la cause de la société ait été la fraude, cas dans lequel il y a illicéité de la cause de la société, soit que l'apport que la société doit reconstituer à la suite de la réussite de l'action paulienne et qui devient ainsi fictif ait un caractère déterminant pour la société<sup>761</sup>. L'interprétation particulièrement stricte faite par la CJCE au régime des nullités du droit communautaire depuis l'arrêt Marleasing (v. supra) met en question la conformité du régime français de la nullité des sociétés frauduleuses avec le droit communautaire ; toutefois, la jurisprudence française semble constante à ses solutions traditionnelles<sup>762</sup>.

### **Les sociétés simulées et frauduleuses et la question de leur nullité en droit grec**

Les questions surgissant en droit grec de sociétés sur la simulation et la fraude sont plus difficiles qu'en droit commun, notamment pour ce qui concerne la simulation, d'abord parce qu'il est plus difficile de définir la simulation dans le cas de la société- personne morale (réputée être juridique distinct et sujet du droit) qu'il ne l'est pour l'acte juridique simulé qu'envisage l'art. 138 AK (v. supra), ensuite parce que la question des effets de la fraude et de la simulation est plus difficile pour les personnes morales que pour les actes juridiques. Il est aussi à noter que la notion de droit commun de simulation n'est pas spécifiée conceptuellement en droit grec pour ce qui concerne les sociétés comme absence d'affectio societatis, à la différence de ce qui se passe en droit français (si l'on considère au moins que la fictivité des sociétés est pour ce droit un cas spécial de simulation), l'affectio societatis ne jouant pas en droit grec des sociétés le rôle conceptuel que joue traditionnellement en droit français des sociétés cette notion (v. supra). Nous croyons

---

<sup>761</sup> Sur l'action en nullité de la société sur le fondement de la cause frauduleuse, notamment s'il s'agit de fraude à la loi impérative v. M.Coizan-A.Viandier-Fl.Deboissy n° 154, A.Martin-Serf n° 146, Ch. Cutajar n° 395 suiv. Traditionnellement la condition de la nullité de la société pour cause frauduleuse était la connaissance de la fraude par tous les associés -v. A. Martin-Serf, op. cit., no 143- toutefois, depuis 1998, la Cour de cassation admet la nullité d'un contrat pour cause frauduleuse même dans le cas d'existence de contractants l'ignorant, ces derniers pouvant de la sorte agir en nullité du contrat frauduleux- v. 1ère Ch. Civ. 7 oct. 1998, D. 1998, p. 563, concl. Sainte Rose.

<sup>762</sup> Selon l'arrêt Marleasing (CJCE 13 novembre 1990, RTD com. 1997, p.68, obs Cl. Champaud, Rev. Soc. 1991 p. 532 note Y. Chaput) ne peut pas être considérée nulle selon le droit communautaire la société de capitaux constituée dans le but de frauder les droits des créanciers, la nullité de la société pour illicéité pouvant résulter seulement sur le fondement de l'objet statutaire (non pas réel) illicite. On pourrait s'interroger sur le bien fondé et le raisonnement sous-tendant cette solution : d'une part le sens de la nullité des sociétés pour objet illicite reconnue par le droit communautaire se rétrécit trop, sauf si l'on imagine des individus mettant en place des structures sociétaires avec des buts frauduleux ou fortement illicites mais tellement naïfs qu'ils inscrivent ces buts dans les statuts de leur société ; d'autre part, pourquoi devrait-on consolider comme êtres juridiques des entités avec des buts réels que le droit désapprouve ? Pour l'application par la jurisprudence française de ses solutions traditionnelles en matière de fraude malgré l'arrêt Marleasing v. l'arrêt précité du 7 octobre 1998 de la Cour de cassation.

pourtant qu'on peut, au prolongement de la théorie de droit commun de la simulation et de la fraude (v. sur ces notions en droit grec supra), définir la société fictive (simulée-eikoniki etairia) comme celle mise en place seulement en apparence, sans volonté réelle des associés de créer un être juridique nouveau avec ses éléments essentiels tels que voulus par la loi et les restrictions en découlant pour ses membres ; la société frauduleuse est par contre une société réelle, par le biais de laquelle est toutefois réalisée une fraude à la loi ou aux droits des créanciers ou d'autres tiers. Comme en droit français, cette distinction paraît peut-être claire au plan conceptuel, mais dans le concret elle peut être assez difficile, comme d'ailleurs dans la plupart de cas les sociétés simulées servent une fraude. D'autre part, en abordant la question du sort des sociétés fictives et frauduleuses en droit grec, nous devons dès le début signaler que pour plusieurs raisons la théorie de ces types de sociétés joue en droit grec un rôle bien moindre qu'en droit français, du moins en ce qui concerne la nullité des sociétés. C'est d'abord parce que la doctrine dominante grecque a traditionnellement une conception différente de la notion de fictivité des sociétés que celle française, inspirée par des conceptions allemandes, différence qui renvoie à une divergence dans la compréhension du noyau dur de l'ordre public sociétaire (les éléments essentiels du contrat de société qui ne sont pas à la libre disposition des particuliers). Selon cette conception, la société de capitaux constituée par un maître de l'affaire et des « hommes de paille » agissant pour le compte du premier n'est pas une société simulée, au sens des art. 138-139 AK (v. supra), fictive ou frauduleusement unipersonnelle et elle ne souffre pas de vice pour cette raison, les associés étant réputés avoir vraiment la volonté de fonder une société réelle, entendue comme organisation patrimoniale autonome, et d'assumer les responsabilités en découlant. Entre le maître de l'affaire et les « hommes de paille » il y a une relation d'interposition de personnes « fiduciaire » (katapisteftiki -avec effet relatif), le plus souvent fondée sur une relation de base de mandat du droit grec (713 AK, selon lequel par le biais du contrat de mandat –entoli- le mandataire assume l'obligation d'accomplir sans rémunération l'affaire que lui a confié le mandant). Les « hommes de paille » sont réputés des personnes interposées participant réellement à l'acte de constitution de la société, leurs actes de souscription et rapports juridiques d'actionnaire étant en plus réputés réels, non simulés, mais leur participation se fait non pour leur propre compte, mais pour le compte du maître de l'affaire, avec les ressources de ce dernier et sous ses instructions. Selon cette opinion dominante, même la constitution d'une société anonyme par le maître de l'affaire et les « hommes de paille » suivie par le rachat immédiat après constitution des parts ou actions des seconds par le premier n'était ni un cas de simulation ni un cas de fraude à la prohibition de constitution d'AE comme unipersonnelles en vigueur jusqu'en 2007

(le montage en cause était d'ailleurs concevable d'abord parce que les sociétés anonymes devenues unipersonnelles étaient reconnues comme valables en droit grec déjà beaucoup avant la reconnaissance de la constitution d'AE comme unipersonnelles –v. supra). De la sorte, la constitution d'une société par un maître de l'affaire et des hommes de paille, cas principal de fictivité des sociétés pour défaut d'affectio societatis en droit français, se trouve selon la doctrine dominante exclue de la problématique des sociétés simulées ou fictives du droit grec, la simulation d'une société étant ainsi conçue d'une manière plus étroite en droit grec que la fictivité en droit français (v. en plus supra sur l'opinion traditionnelle dans la doctrine grecque que dans les AE il n'y a pas besoin de lien d'affectio societatis entre actionnaires). Il est d'autre part vrai que le déclin de la fictivité comme cause de nullité des sociétés en France diminue assez les différences des deux droits en matière de constitution de sociétés par des hommes de paille. La solution était commode pour la réalité grecque, largement caractérisée par la très grande étendue de la mise d'entreprises essentiellement individuelles sous la forme juridique de sociétés de capitaux<sup>763</sup>. Toutefois, l'intérêt du recours à un tel procédé de constitution de la société a été pratiquement largement éliminé avec les progrès des sociétés unipersonnelles en droit grec, notamment avec la reconnaissance de la société anonyme constituée comme unipersonnelle par la réforme de 2007 (v. supra). Il est en plus vrai que cette construction de constitution « fiduciaire » est difficilement transposable aux sociétés de personnes du droit grec, beaucoup plus marquées par la conception contractualiste (v. infra).

Pour le reste, les solutions du droit grec en matière de sociétés simulées sont une fois de plus fortement marquées par le dualisme accentué entre sociétés de personnes et sociétés de capitaux, chose qui les fait beaucoup plus compliquées que celles du droit français. En matière de sociétés de personnes, à cause de leur caractère principalement contractuel, il y a selon l'opinion dominante application du régime du droit commun de la simulation des art. 138-139 AK, dispositions de droit impératif (v. supra). Sont ainsi réputées nulles comme simulées les sociétés de personnes constituées seulement en apparence,

---

<sup>763</sup> V. en ce sens (en grec) K.Pamboukis « La société unipersonnelle », E.Emp. D. 1966, p. 185, du même « Droit des sociétés. Partie générale » A, p. 81, E.Tziva « Sociétés unipersonnelles et quasi-unipersonnelles », Arm. 1985, p. 804, N.Rokas « Sociétés commerciales », p. 804- v. toutefois Eph. (CA) d'Athènes 3256/1995 E.Emp. D. 1995 p. 610, obs. très critiques de N.Rokas, arrêt qui préfère de voir constitution d'une AE simulée là où pour le commentateur il y avait constitution d'une AE réelle par le recours à des hommes de paille. Sur la distinction faite en droit allemand entre société simulée et société constituée par le recours à des hommes de paille v. Cl. Witz, op.cit., no 229. Il est toutefois à noter que la doctrine grecque n'est pas très explicite quant à la détermination de critères plus précis de distinction entre la société simulée et celle constituée par le recours à des hommes de paille « fiduciaires », tandis que cette distinction est envisagée par la doctrine et la jurisprudence allemandes comme une question difficile – v. Cl. Witz ibid.

sans volonté réelle des associés de constituer aucune société, l'entreprise éventuellement logée sous cette structure demeurant en fait individuelle, comme si la société n'existait pas, et surtout les sociétés de personnes constituées avec simulation frauduleuse, pour couvrir un autre rapport ou situation juridiques et exclure l'application de règles impératives ou pour nuire aux créanciers de l'un des « associés »<sup>764</sup>. Il semble que le recours à la simulation frauduleuse exclut largement en matière de sociétés de personnes dans la jurisprudence grecque l'application du régime de la fraude, car simulation frauduleuse et fraude à la loi ou aux droits des créanciers s'excluent conceptuellement ; cette attitude jurisprudentielle est critiquée par la doctrine grecque pour confondre simulation et fraude et pour porter une atteinte excessive à l'autonomie privée par la prononciation de la nullité frauduleuse sur le fondement de la simulation, là où la restauration du respect de la règle fraudée n'imposerait pas toujours la nullité<sup>765</sup>. La société de personnes simulée est d'une nullité absolue selon le droit commun (v. supra), avec effet rétroactif, car dans le cas de cette société il n'y a pas fonctionnement d'une organisation sociale réelle qu'on doit reconnaître comme ayant existé. Toutefois, si des tiers ont contracté en ignorant la simulation avec la société de personne simulée, ils sont selon l'opinion dominante protégés par l'art. 139 AK et la nullité de la société ne leur est pas opposable par les associés et leurs créanciers personnels (v. supra) – c'est cette protection des tiers ignorant la simulation, notamment de ceux qui ont acquis des droits réels sur des immeubles de la société simulée, qui en effet semble différencier la nullité pour simulation des sociétés de personnes du droit grec de l'inexistence proposée dans le passé comme sanction de la société fictive par un courant doctrinal et jurisprudentiel en France (v. supra). Ces solutions ne sont pas toutefois incontestables dans la doctrine grecque, à défaut de solutions législatives spéciales expresses, et une partie de la doctrine soutient l'application aussi aux sociétés simulées s'activant publiquement de la construction des sociétés de fait (v. supra)<sup>766</sup>.

---

<sup>764</sup> Pour des exemples de reconnaissance judiciaire de la simulation d'une société de personnes par la jurisprudence grecque, le plus souvent des cas de simulation frauduleuse v. Areios Pagos 1122/1975 No. V. 24, 409, 1914/1975 Arch. Nom. 1976, p. 409, 335/1997 No. V. 1998, p. 511, Eph. (CA) d'Athènes 3798/1978, El.D/ni 1978 p. 460, Eph. (CA) de la Dodécanèse 113/1998 Episk.E.D. 1998, p.1029, obs. V. Stoikos, Mon. Prot. (TI) du Pirée 245/1994, Arch. Nom. 1995, p.63, 390/1995, El.D/ni 1995, p.901.

<sup>765</sup> V. N.Rokas « Sociétés commerciales », p.53, et ses observations précitées sous Eph. (CA) d'Athènes 3256/1995. Ainsi aussi essentiellement K. Karayannis, thèse précitée, p. 216 et p. 580-581 sur l'atteinte excessive à l'autonomie privée que constituerait un recours facile à la notion de simulation avec la nullité automatique en résultant en droit grec pour réprimer les personnes morales matérialisant des efforts d'abus d'institution et de fraude à la loi.

<sup>766</sup> Sur les effets de la nullité des sociétés de personnes grecques pour simulation v. (en grec) V. Antonopoulos « Droit des sociétés de personnes commerciales », N.Rokas op.cit., p. 52, éd. 2012 p. 131, Sp.Psychomanis in « Droit des sociétés de personnes commerciales » (dir. N.Rokas,) p.

Les choses sont très différentes en matière de simulation dans les sociétés de capitaux du droit grec, les solutions s'y écartant beaucoup de la conception de la société-contrat et de la problématique de sa simulation. Est ainsi depuis longtemps débattu dans la doctrine grecque même la question de la possibilité de concevoir une société de capitaux simulée, notamment pour ce qui concerne les AE (v. en plus ci-dessus sur l'exclusion du champ conceptuel de la simulation de la constitution d'une AE par un maître de l'affaire et des hommes de paille). L'argument historique qu'on avait invoqué contre l'application du régime de la simulation en matière de société anonyme a été le concours traditionnel actif de l'administration grecque dans le processus de sa constitution, concours qui, selon la doctrine dominante civiliste grecque, exclut l'application du régime de la simulation ; toutefois, même si l'on accepte cet argument assez formaliste, la suppression de l'autorisation administrative pour les AE de droit commun (v. supra) fait largement disparaître sa valeur. Plus généralement, il semble que pour une partie importante de la doctrine la définition de l'acte juridique simulé dans l'article 138 AK –acte effectué seulement en apparence, sans volonté réelle d'engagement – n'est pas compatible avec la nature juridique des sociétés de capitaux. En plus, comme nous avons suggéré ci-dessus, il ne semble pas conceptuellement clair ce qu'est une société de capitaux simulée, la définition de l'art. 138 concernant des actes juridiques, non de personnes morales

---

46, K.Karayannis, thèse précitée p. 182, 204, P.Mazis « La simulation dans les sociétés en nom et commandites et la protection des tiers à son égard », E.Emp. D. 1976, p.15 suiv, 187 suiv. V. aussi l'étude du Pr. K.Pamboukis « Société irrégulièrement constituée », in Mélanges K.Karavas, p. 1021. Selon le Pr. N.Rokas, la simulation peut être « guérie », si les associés ont finalement fait fonctionner leur société constituée comme simulée, et en tout cas la nullité n'est pas opposable aux tiers de bonne foi. Selon une opinion minoritaire, la protection des tiers ne se fait pas sur le fondement de l'art. 139 AK mais sur celui des art. 42,43 EN (loi commerciale grecque) sur la non-opposabilité aux tiers des pactes non publiés entre associés des sociétés en nom -avec comme conséquence que la simulation (la contre-lettre) n'est opposable à aucun tiers- v. en ce sens P.Mazis article précité – opinion que la conception dominante repousse en considérant qu'elle serait inspirée de conceptions françaises, sans fondement en droit grec. Selon une autre opinion qui semble gagner du terrain dans la doctrine grecque, la société simulée qui a fonctionné en tant que telle à l'égard des tiers est une société de fait, valable - jusque résiliation (suivie de liquidation) par un associé – aussi bien dans les relations extérieures que celles intérieures, car la société a existé comme apparence. Le fondement de cette opinion est qu'il n'est pas juste de faire porter à l'associé simulé la responsabilité pour les dettes sociales sur le fondement de la protection des tiers, sans lui reconnaître les bénéfices de la qualité d'associé- v. en ce sens K.Pamboukis, étude précitée, V. Stoikos observations précitées sous Eph.(CA) Dodécaneuse 113/1998 (arrêt qui adopte partiellement la première opinion minoritaire mentionnée ci-dessus). Si une seule des participations est simulée et la souscription simulée s'est effectuée après la constitution de la société, la nullité de la souscription pour simulation est opposable seulement aux créanciers de la société antérieurs à l'entrée simulée de l'associé en cause v. Areios Pagos 1079/1973 Nov. 1973 p. 703. V. aussi sur la participation simulée Eph. (CA) d'Athènes 3722/2005, Epsik. E. D. 2006, p. 210, obs. Ach. Bechlivanidis.

« parfaites », comme les sociétés de capitaux<sup>767</sup>. Nous croyons pourtant, conformément à la définition des sociétés simulées que nous avons proposée ci-dessus, qu'on peut soutenir qu'il y a existence de sociétés de capitaux simulées au sens de l'art. 138 AK, si le ou les fondateurs créent la société seulement en apparence, pour les avantages que cette dernière offre et notamment dans un but de fraude, sans volonté réelle de création d'un être juridique nouveau, caractérisé par un minimum de vie intérieure, une organisation lui permettant de fonctionner et une autonomie patrimoniale par rapport à ses membres. En tout cas, comme nous l'avons déjà vu, l'opinion aujourd'hui absolument dominante en Grèce retient une interprétation très restrictive du droit communautaire des nullités des sociétés de capitaux, avec exclusion très large des nullités du droit commun, cette exclusion englobant aussi la nullité pour simulation. Par conséquent, selon l'opinion dominante, très différente de celle traditionnelle française, une société de capitaux ne peut pas être déclarée nulle pour simulation une fois constituée comme personne morale<sup>768</sup>. N'est pas non plus reconnue en droit grec selon l'opinion dominante une action en déclaration de la simulation des art. 138-139 AK au profit des créanciers sociaux ou des créanciers personnels du maître de l'affaire, à la différence du droit français. Selon cette même opinion dominante, toujours très différente des conceptions françaises et sur le même fondement de la liste exclusive des causes de nullité du droit communautaire, ni la société de capitaux avec un but frauduleux, ni celle avec un objet social réel illicite ne peuvent être déclarées nulles, seul l'illicéité de

---

<sup>767</sup> En faveur de la possibilité d'une société anonyme simulée sous le régime antérieur et de sa nullité v. G.Maridakis, consultation E.Emp.D. 1955, p. suiv, Eph. (CA) d'Athènes 4105/1984, El. D/ni 1985, p.673. Contra L.Georgakopoulos « Le droit des sociétés », t. 2, p. 200 et, avec l'argument tiré de l'implication de l'administration grecque dans sa constitution, même si aucun fondateur ne veut la création d'une AE réelle, Ap. Karagounidis in « Droit des sociétés anonymes » (dir. E.Perakis), t.1 p. 577. La doctrine dominante répute en plus que ce qu'on décrit comme simulation de l'AE est un terme inadéquat, car dans la plupart des cas il y a volonté de création d'une société réelle, la simulation concernant seulement la participation d'un ou plusieurs fondateurs –v. N. Rokas, observations précitées sous Eph. Athènes 3256/ 1995, A. Karagounidis, *ibid.* De ce point de vue il semble découler que la constitution d'une AE par un maître de l'affaire et des comparses offrant des participations simulées n'est pas un cas d'AE elle-même simulée. En plus, comme nous avons dit ci-dessus, la doctrine dominante voit la participation d'hommes de paille à la constitution de l'AE comme réelle, non simulée, le champ conceptuel même de la participation simulée étant ainsi autant réduit. Sur la simulation de sociétés des capitaux comme cas de levée de leur personnalité morale ou comme raison autonome pour appréhender le maître de l'affaire v. *infra*.

<sup>768</sup> Ainsi l'unanimité de la doctrine contemporaine- v. à titre indicatif V. Antonopoulos « Droit des AE et EPE » p. 33, N. N.Rokas p.237 suiv, Ap.Karagounidis *op.cit.* p. 572 suiv. V. aussi la consultation 57/1991 du Conseil juridique de l'Etat grec (à l'occasion d'une société maritime) E.Emp.D. 1992 p.679. V. toutefois l'arrêt précité 3256/1995 d'Eph (CA) d'Athènes (possibilité de simulation d'une AE) et la critique particulièrement incisive du Pr. N.Rokas dans ses observations.



l'objet social statutaire pouvant constituer une cause de nullité de la société pour illicéité<sup>769</sup>. La même opinion aujourd'hui dominante dans la doctrine exclut aussi la nullité de la seule souscription individuelle simulée dans une société de capitaux, dans le souci de protéger le capital social annoncé par la société<sup>770</sup>. D'autre part, l'action paulienne en matière d'apport en société semble totalement marginalisée en droit grec, à la différence du droit français<sup>771</sup>. On pourrait se demander combien les solutions du droit grec en matière de sociétés de capitaux elles-mêmes fictives ou frauduleuses, solutions inspirées d'une interprétation très stricte du droit communautaire, n'octroient à des entités pour le moins socialement et économiquement inutiles ou même dangereuses une tolérance et une consolidation qu'elles

---

<sup>769</sup> Ainsi p. ex. N.Rokas op.cit., p. 238, note 46, Ap. Karagounidis op.cit. p. 578, 592 suiv. Contra, pour ce qui concerne la dissimulation d'un but réel illicite sous un but statutaire licite, K. Karayannis, thèse précitée, p. 303 – v. pourtant ibid, p. 580, l'auteur soutenant que des intentions de fraude dans la constitution d'une personne morale ne suffisent pas elles-mêmes pour rendre cette constitution illicite.

<sup>770</sup> En ce sens, en matière de souscription simulée N.Rokas p. 238, A. Karagounidis p. 577, 578. V. toutefois Eph. (CA) d'Athènes 2095/2005, Episk. E.D. 2005, p. 505, obs. très critiques de K.Pamboukis, acceptant la nullité d'un apport simulé à une société anonyme. Ce point de vue semble impliquer que, sous le régime avant 2007, la validité des souscriptions simulées dans une AE constituées par un maître de l'affaire et des comparses excluait la possibilité de nullité pour constitution unipersonnelle – pourtant, comme nous avons vu ci-dessus, la doctrine préférerait de voir les participations des hommes de paille comme réelles, non simulées. La solution de la doctrine dominante ne distingue pas entre simulation simple et simulation frauduleuse ou bonne et mauvaise foi de tiers invoquant l'apparence et ne ménage pas de la sorte, semble-t-il, les intérêts des créanciers de l'apporteur simulé, même en cas d'inexistence de conflit avec les créanciers sociaux, dans le cas d'AE sans activité (comp. avec les solutions du droit français en la matière, avec prévalence des contre-lettres pour les parties de la participation fictive, la fictivité étant inopposable aux tiers de bonne foi, comme le sont normalement les créanciers sociaux). En cas d'interposition de personnes-simulation dans une souscription au capital d'une AE, la souscription est réputée nulle quant à l'interposé, mais valable quant à l'interposant v. en ce sens Mon. Prot (TI) d'Athènes, EEmpD 1999, p. 596, obs. A. Gouskou. Toutefois, selon Ap. Karagounidis la validité de la souscription pour l'interposant devrait être exclue si la souscription se fait avec la signature des statuts, à cause de la forme notariée impérative exigée, tandis qu'elle serait valable dans le cadre d'une souscription postérieure, op.cit. p. 578.

<sup>771</sup> La doctrine dominante exclut la nullité de la société anonyme comme conséquence de la fraude paulienne sur le fondement du *numerus clausus* des causes de nullité des sociétés de capitaux-v. p. ex. Ap. Karagounidis op.cit., p. 578 (il est d'ailleurs vrai que dans le cadre de cette fraude la société peut ne pas avoir comme finalité unique la fraude aux droits des créanciers d'un des associés). V. Th. Liakopoulos, « La levée de l'existence distincte de la personnalité morale... », p. 71, pour l'application à l'apport frauduleux du régime de droit commun d'inopposabilité au créancier du transfert du bien, cette application pouvant indirectement ouvrir la voie à la nullité de la société, si son capital social réel en devient inférieur au minimum légal et en tout cas engager la responsabilité des fondateurs à l'égard de la société et des tiers de bonne foi. Il ne semble pas toutefois y avoir de jurisprudence appliquant cette possibilité, peut-être à cause de la difficulté de prouver le concours des conditions subjectives de l'action paulienne. V. infra sur cette question du point de vue de la levée de la personnalité morale au profit des créanciers des actionnaires sur le fondement de l'abus de personnalité morale.

ne méritent pas et que la sécurité des transactions n'exige pas non plus<sup>772</sup>. En tout cas, le droit grec donne une consolidation aux sociétés de capitaux simulées ou frauduleuses tout à fait étrangère aux conceptions françaises<sup>773</sup>. Toutefois, ces considérations critiques doivent être beaucoup nuancées, car le problème de la protection des tiers face aux structures fictives et frauduleuses se transpose largement en droit grec du terrain de la nullité vers celui de l'abus de personnalité morale et de la levée de cette dernière (v. infra).

### **C. Le problème des sociétés non publiées normalement et les montages**

#### **Comment se pose le problème**

Comme nous avons vu, les deux droits – français et grec – exigent aujourd'hui impérativement pour la constitution d'une société comme personne morale – ou du moins pour sa constitution normale (v. infra). – l'accomplissement de formalités de publicité visant à garantir la sécurité juridique et la transparence économique. En plus, les sociétés envisageant d'exercer une activité économique avec exclusion de la responsabilité indéfinie – et solidaire, en cas d'activité commerciale – des associés pour les dettes sociales doivent

---

<sup>772</sup> Selon K. Karayannis, thèse précitée, p. 609, la validité des sociétés de capitaux simulées dépasse le but de la protection des tiers, et devrait être de lege ferenda abandonnée, au profit d'un dispositif fondé sur la présomption de bonne foi des tiers, la nullité de la société simulée ex nunc et la priorité des tiers ayant contracté de bonne foi avec la société sur les tiers invoquant la simulation. Selon cet auteur, ce dispositif devrait être étendu aussi aux sociétés de personnes.

<sup>773</sup> Pour mesurer l'écart entre les conceptions françaises et grecques en matière de sociétés anonymes fictives, nous pouvons mentionner que l'exclusion de la simulation comme cause de nullité des sociétés anonymes avait été proposée en France en 1929 par H. Rousseau (note sous C. Cass. Req. 13 mai 1929, S. 1929 I, p.289), sur le fondement que la SA une fois constituée avec l'accomplissement des formalités de publicité aurait une existence réelle qu'on ne peut pas mettre en cause (selon H. Rousseau –op. cit., cité par P. Rouast-Bertier dans son article précité sur les sociétés fictives, « ... la société anonyme dépasse la volonté des individus qui la créent. Ce qu'ils ont voulu faire n'importe pas. La recherche des intentions individuelles est inutile... Pour faire disparaître une société anonyme, on ne pourra donc jamais agir en simulation parce que la société existe réellement du moment où elle présente les apparences d'une société anonyme, et agit comme telle") Selon la doctrine moderne française "pareille conception reviendrait à accorder au formalisme en matière de sociétés des vertus magiques ou à lui accorder des effets aussi importants qu'en droit cambiaire par exemple. La sécurité juridique ne l'impose pas. L'immatriculation constitue bien le passage vers la jouissance de la personnalité morale, mais le texte fondamental de l'article 1832 du Code civil n'est pas évacué pour autant en ce qu'il énumère les éléments essentiels d'une société" (A. Martin-Serf, op.cit., n° 6). Sur le courant dans la doctrine française excluant la possibilité de simulation dans les SA une fois l'immatriculation effectuée (H. Rousseau, D. Bastian, Boulanger), v. P. Rouast-Bertier, article précité, no 37. Nous rappelons par ailleurs que la simulation en droit grec ne concerne pas la création d'une société de capitaux par un maître de l'affaire et des hommes de paille dès qu'il y a une volonté de création d'une entité réelle (v. supra) et que le régime spécial de la nullité de l'AE pourrait protéger les créanciers sociaux des sociétés simulées ou frauduleuses.

impérativement se faire immatriculer selon un des types des sociétés que le droit offre dans ce but. Se pose par conséquent le problème des sociétés qui s'activent dans la vie économique sans être immatriculées ou sans être immatriculées normalement selon les prescriptions de l'impératif sociétaire – problème non sans relation avec certains montages sociétaires.

### **Les solutions du droit français**

En droit français, il y a un type de société non destinée à acquérir la personnalité morale, de nature purement contractuelle, pouvant servir depuis 1978 de structure d'accueil pour le développement d'une activité économique collective et connue (révélée ou ostensible), civile ou commerciale – à savoir, comme nous avons vu dans le chapitre précédent, la société en participation (art. 1871 à 1872-2 C.civ.). Les associés peuvent par conséquent choisir ce type de société, s'ils veulent éviter les contraintes accompagnant la personnification de la société, en assumant toutefois le risque d'une responsabilité indéfinie ou même solidaire pour les dettes nées de l'activité de la société s'étant activée publiquement. Problème pose toutefois la société conclue en tant que contrat selon un type social destiné à acquérir la personnalité morale et développant publiquement une activité économique sans être immatriculée, pour l'une ou l'autre raison. La jurisprudence française qualifie de telles sociétés impérativement – contre la volonté des parties – de sociétés créées de fait, en leur refusant la personnalité morale et en engageant la responsabilité indéfinie – ou même solidaire, en cas d'activité commerciale – pour les dettes sociales, à la charge de ceux des associés s'étant comportés comme associés "au vu et au su" des tiers<sup>774</sup>. Le même régime de la société commerciale créée de fait est appliqué avec davantage d'importance aux sociétés immatriculées comme civiles mais exerçant en fait une activité commerciale, mais aussi aux groupements constitués comme associations mais exerçant une activité commerciale en distribuant à leurs membres des bénéfices<sup>775</sup>. Le

---

<sup>774</sup> C.cass. Ch. com. 9 nov. 1987, Bull. Joly Soc. 1987, p. 1987, énonçant le critère pour la qualification d'une société créée de fait du « développement d'une façon durable et importante d'une activité dépassant l'accomplissement d'actes nécessaires pour la constitution de la société, 26 nov. 1996, Bull. Joly soc. 1997, p. 149, note P. Serlooten, 4 déc. 2001, JCP E 2002, p. 594, note F.-X. Lucas, 26 mai 2009, Rev. soc. 2010, p. 26, note B. Dondero. V. aussi M. Cozian-A. Viandier-Fl. Déboissy, no 201, sur les enjeux de la distinction entre société en formation – même société en nom- et société créée de fait .

<sup>775</sup> Pour des applications v. P. Didier, t. 1 (éd. Economica), n° 279. Sur la « dégénérescence » d'une société immatriculée comme civile en société commerciale créée de fait v. C. cass. (3e Ch. civile) 5 juillet 2000, Rev. soc. 2001, p. 100, note B. Saintourens. V. aussi M. Cozian – A. Viandier – Fl. Deboissy, n° 223 et Y. Guyon in "Les sociétés", n° 195, considérant qu'une société créée de fait se superpose à la société civile à oblet commerciale, cette société civile étant dissoute de plein droit pour

contrat de société n'est pas toutefois nul à cause de la non observation des formalités de publicité, la société pouvant s'immatriculer avec le type voulu et limitation de la responsabilité des associés pour l'avenir. Seule est prévue par le Code de commerce la nullité – non opposable aux tiers, facultative (sauf en cas de fraude) et régularisable - des sociétés commerciales de personnes pour non-observation des formalités de publicité, cette nullité ayant aujourd'hui une importance marginale en droit français, étant survécue en 1966 par inadvertance du législateur (L235-2 C.com.).

### **Les solutions du droit grec – La société en nom collectif « de fait » ou anormale**

Le régime des sociétés non publiées en droit grec trouve son origine à l'ancêtre de cette dernière disposition du droit français, introduite en droit grec comme art. 42 EN et concernant les sociétés en nom et commandites non publiées. Selon ce dispositif du Code de 1807 – encore en vigueur en Grèce – l'inobservation des formalités de publicité rend la société nulle entre associés, cette nullité étant inopposable par la société ou les associés aux tiers, mais opposable par ces derniers à la société (il s'agit pour le reste d'une nullité au sens du droit commun grec – v. supra)<sup>776</sup>. Les besoins de sécurité juridique des tiers ont toutefois amené la doctrine et la jurisprudence dominantes, s'écartant de la lettre de la loi et des conceptions françaises en la matière, à appliquer à la société en nom non publiée, mais s'activant comme entité collective dans la vie économique, la construction de la société en nom anormale ou de fait (v. supra). Ces sociétés en nom de fait non publiées étaient ainsi réputées par la doctrine valables comme contrats et ayant acquis une personnalité morale erga omnes ; mais la non publicité donnait à tout associé jusque récemment une cause grave pour exercer son droit de résiliation de la société par acte unilatéral opérant seulement pour l'avenir, comme dissolution et liquidation, sur le fondement des dispositions de l'AK (d'inspiration du droit allemand- v. supra – comp. avec le droit de résiliation dans les sociétés en participation et créées de fait du droit français). Autres conséquences de la construction de la société non publiée mais considérée comme en nom de fait étaient l'application du régime légal de gestion individuelle, l'inopposabilité aux tiers des pactes non publiés, l'exclusion de la courte prescription – liée à l'observation des formalités de publicité – pour l'obligation des associés en nom pour les dettes sociales<sup>777</sup>. La société en nom

---

défaut d'objet, tout en survivant, si personne ne demande en justice la constatation de cette dissolution.

<sup>776</sup> V. V. Antonopoulos, op. cit., p. 90-91, sur les difficultés et conflits d'intérêts entre tiers pouvant en résulter.

<sup>777</sup> V. Antonopoulos, op. cit., p. 91 suiv., S. Psychomanis, in « Droit des sociétés de personnes » (dir. N. Rokas), p. 53 suiv. Le même régime était applicable en cas de non publication d'éléments nécessaires des statuts. V. pourtant N. Rokas, op. cit., p. 146, pour une critique de la

anormale avait bien sûr selon cette conception une personnalité juridique fragile, car elle pouvait être dissoute par acte unilatéral de tout associé ; pourtant, la reconnaissance de la personnalité morale à ces sociétés anormales, contraire aux conceptions du droit français en la matière, allait dans le sens de la protection des tiers s'étant fiés à l'apparence de la société fonctionnant dans la vie économique. Mais d'autre part –point important d'insécurité–, malgré la reconnaissance à ces sociétés de la personnalité morale, qui selon la doctrine dominante était erga omnes, était encore soutenue par une partie de la doctrine et de la jurisprudence l'existence d'un droit éventuel des tiers d'invoquer – à leur choix – sur le fondement de l'art. 42 EN le défaut de publicité et la nullité en résultant pour rompre leurs relations avec la société avec des effets pour l'avenir<sup>778</sup>. Evolution jurisprudentielle importante, ce dispositif d'origine doctrinale et jurisprudentielle a été généralisé pour tous les groupements s'activant publiquement dans le commerce sans être immatriculés comme sociétés commerciales (AE ou EPE non immatriculées, sociétés constituées comme civiles mais exerçant une activité commerciale, commandites non immatriculées), pouvant aussi être appliqué aux associations exerçant une activité commerciale et distribuant à leurs membres des bénéfices et à des groupements commerciaux atypiques exerçant publiquement et collectivement une activité commerciale. Fondement de cette construction a été la considération selon laquelle le droit grec prévoit un *numerus clausus* impératif de sociétés commerciales (traditionnellement art. 18 EN), toute société exerçant publiquement le commerce et n'étant pas immatriculée comme un autre type social étant réputée impérativement société en nom collectif, car cette forme est la plus protectrice pour les créanciers<sup>779</sup>. Il est à noter que le droit grec, à la différence du droit français, ne prévoit pas la forme sociale de la société en participation ostensible avec objet commercial, autrement

---

construction de la société en nom non publiée de fait, avec l'argument qu'il s'agit d'une société valable, sa nullité étant guérie par la publicité «matérielle» résultant de son activité ; la non publicité pourrait constituer pourtant selon ce point de vue cause grave de résiliation de la société non de plein droit mais *in concreto*. Il est aussi à noter que la jurisprudence dominante considérait –sur le fondement de la lettre de l'anc. art. 39 EN- l'écrit exigé par la loi pour la constitution d'une société en nom comme seulement *ad probationem*, non pas *ad solemnitatem*, avec comme conséquence que son défaut n'était pas lui-même cause de nullité- mais l'absence d'écrit rend évidemment impossible la publicité, avec les conséquences de l'art. 42 de la loi – v. sur cet aspect N. Rokas, op. cit., p. 144, 147, insistant sur le caractère *ad solemnitatem* de la forme exigée par la loi, conformément aux principes généraux sur la constitution des personnes morales (art. 63 AK).

<sup>778</sup> V. sur ce débat V. Antonopoulos, p. 91, not. note 24, N. Rokas, op. cit., p. 147, avec référence aux arrêts ayant adopté ce point de vue.

<sup>779</sup> Sur ces conséquences du principe du *numerus clausus* v. K. Pamboukis «Droit commercial général», p. 224 suiv. Sur l'AE en formation exerçant une entreprise commerciale et devenant société en nom de fait v. V. Antonopoulos «Droit des AE et des EPE» p. 43, pour la possibilité de requalification d'une association en société en nom de fait v. K. Pamboukis, op. cit., p. 240.

dit une société pouvant exercer une activité commerciale ostensible sans avoir la personnalité morale. La construction de la société en nom anormale ou de fait a été utilisée par la jurisprudence grecque pour réprimer certains montages de constitution de sociétés – ayant leur siège réel en Grèce – à l'étranger, dans le but de contourner la réglementation impérative grecque (v. infra, Partie II). Toutefois, en ce qui concerne la personnalité morale de la société en nom de fait, Areios Pagos avait rompu avec les solutions prépondérantes auparavant, en considérant une koinopraxia (v. supra) qui n'avait pas été publiée selon un type social légal, mais avait développé une activité commerciale publique, comme société en nom sans personnalité morale, en insistant sur le caractère impératif et exclusif des formalités légales de publicité pour l'acquisition de la personnalité morale<sup>780</sup>. Mais la réforme de 2012 du droit grec des sociétés de personnes a finalement tranché en faveur de la conception dominante dans la doctrine, en prévoyant que pour la société –toute société– non publiée mais exerçant publiquement une activité commerciale trouvent application analogique pour les relations avec les tiers les dispositions sur la société en nom et que ces sociétés ont la capacité de jouissance et la capacité de faillite, donc, doit-on considérer- la personnalité morale (art. 251 par.3 L4072/2012 – ainsi aussi l'art. 293 de la même loi sur la koinopraxia)<sup>781</sup>. Pourtant, on doit réputer que la non publicité donne à chaque associé un droit non pas désormais de résiliation – v. supra sur la suppression des droits ex lege de résiliation dans les sociétés de personnes personnifiées- mais d'action en dissolution de la société pour cause grave<sup>782</sup>.

#### **D/ L'abus de personnalité morale des sociétés comme mécanisme de contrôle des montages instrumentalisant les formes sociétaires**

---

<sup>780</sup> Areios Pagos (As. Pl.) 22/1998, Nov. 1998, p. 228, obs. Ph. Doris, Episk.E.D. 1998, p. 683, obs. K. Pamboukis. La doctrine a été généralement très critique à l'égard de cet arrêt.

<sup>781</sup> Il est vrai que le rapport introductif de la loi a complié les choses, en se référant à la reconnaissance de capacité de jouissance et capacité de faillite à un groupement de personnes pour le reste sans personnalité morale, une considération qui semble contradictoire. Selon le Pr. N. Rokas – manuel précité, éd. 2012, p. 130, il s'agit de la reconnaissance d'un groupement de personnes autonome, non d'une personne morale ; mais les différences de ce groupement hybride avec la personne morale sont menues. Pour le reste, avec le nouveau régime sont admises les solutions de l'opinion dominante pour la société anormale ou de fait (v. ci-dessus), et en plus on doit admettre qu'il n'y a pas désormais aucune marge pour accepter un droit des tiers d'invoquer la non publicité et une nullité en découlant pour rompre leur relation avec la société sur le fondement de la non publicité. V. aussi pour les difficultés de la nouvelle disposition V. Antonopoulos, op. cit., p. 93-94.

<sup>782</sup> Ainsi N. Rokas, op.cit., p.130.

## Généralités

La théorie des nullités des sociétés se focalise sur la société comme contrat, en examinant les vices éventuels de ce dernier au moment de sa formation. Comme nous avons vu, le régime français des nullités des sociétés, mais aussi – à des degrés différents (v. supra) – celui grec reconnaissent l'existence et le fonctionnement d'une entreprise sous le couvert d'une société irrégulière et ils tendent à consolider autant que possible cette entreprise, mais aussi à protéger le « gage » des créanciers sociaux sur les biens de la société en cas de nullité. Toutefois, indépendamment de la question de la nullité des sociétés, la protection des tiers par ce « gage » sur l'actif social n'est pas suffisante dans les cas où les associés d'une société de capitaux ne respectent pas les règles impératives et principes d'ordre public que le droit impose comme « contrepartie » de la reconnaissance de la personnalité morale « parfaite » et de la limitation de responsabilité. D'où un mouvement plus général dans les pays occidentaux de reconnaître en cas d'irrégularités graves la possibilité de « levée du voile » de la personnalité morale des sociétés, en atteignant le véritable maître de l'affaire, souvent avec invocation comme fondement de cette levée de l'abus de la personnalité morale<sup>783</sup>. Cet effort est largement indépendant de la théorie de la société comme contrat et des vices de ce dernier au moment de la formation et plutôt orienté vers une conception de la personnalité morale comme organisation juridique d'une entreprise-entité juridique autonome par rapport à ses fondateurs et actionnaires. Sur le fondement de cette conception, l'opposabilité de la personne morale de la société aux tiers exige un minimum impératif de vie propre et d'autonomie - notamment patrimoniale – durant le fonctionnement de l'entreprise juridiquement exprimée par la société par rapport à la personne qui la contrôle – sinon il peut y avoir levée de la personnalité morale de la société. La théorie des nullités peut maintenir toutefois son utilité pour faire disparaître de la vie juridique de telles entités avec de graves irrégularités et souvent sans aucune utilité ou même dangereuses pour la vie économique et sociale. L'abus de personnalité morale de la société est une limite importante de l'autonomie privée en matière des sociétés, et de la sorte on peut l'intégrer dans l'ordre public économique sociétaire largement conçu. Son intérêt pour le contrôle des montages sociétaires instrumentalisant la personnalité morale des sociétés – phénomène juridique, comme nous l'avons vu, caractéristique de notre époque – est évident. L'abus de la personnalité morale de la société devient ainsi une limite et un risque que les promoteurs des différents montages sociétaires doivent prendre sérieusement en compte dans les deux pays sous

---

<sup>783</sup> Sur la levée de la personnalité morale de la société (« piercing the corporate veil ») et sur ses fondements en droit américain v. R.W.Hamilton-R.A.Booth op.cit., p. 398 suiv.

comparaison. Mais des différences importantes existent entre le droit français et le droit grec pour ce qui concerne le fondement et le contenu de la notion d'abus de personnalité morale.

### **L'abus de la personnalité morale des sociétés en droit français**

Comme l'abus de droit n'est pas expressément reconnu par le législateur en droit privé français (v. d'ailleurs infra sur le droit fiscal et le sens de l'abus en lui, dépendant des notions de simulation et de fraude à la loi), l'abus de personnalité morale des sociétés n'a pas une consécration et un fondement exprès en droit français. En plus, il ne semble pas que la jurisprudence française utilise cette notion pour sanctionner le détournement des sociétés, car elle a dans sa disposition dans ce but les notions de fictivité, de fraude et de confusion de patrimoines<sup>784</sup>. L'abus de personnalité morale est ainsi en France une construction doctrinale, par le biais de laquelle les auteurs français s'efforcent de comprendre le détournement de la personnalité morale des sociétés et ses sanctions. Mais l'unanimité ne règne pas dans la doctrine française en ce qui concerne le sens à donner à la notion d'abus de personnalité morale des sociétés. Ainsi, pour certains auteurs la notion d'abus de personnalité morale a une acception très large, étant entendue comme toute utilisation détournée de la personnalité morale<sup>785</sup>. Selon ce point de vue, les sociétés fictives et frauduleuses que nous avons abordées dans l'examen des nullités des sociétés comme vices de la société entendue comme contrat sont des cas d'abus de personnalité morale, si bien sûr les sociétés en cause ont la personnalité morale. Il est d'ailleurs vrai que la théorie française des vices de la société comme contrat assume une grande partie des fonctions de la levée de la personnalité morale, en reconnaissant en cas de fictivité d'une société une action en déclaration de simulation ou une action en extension de la procédure collective pouvant atteindre le maître de l'affaire au profit des créanciers sociaux ainsi que les biens sociaux au profit des créanciers personnels de ce maître de l'affaire (v. supra sur les conflits d'intérêts éventuels), mais aussi l'action paulienne et plus généralement l'action en déclaration de fraude au profit des créanciers personnels des associés ou des victimes de fraude à leurs droits (v. supra). Pourtant, pour d'autres auteurs la notion d'abus de personnalité morale a un sens plus spécifique, englobant des cas de fictivité de sociétés relevés par la jurisprudence qui sont réputés dépasser le fondement traditionnel contractuel

---

<sup>784</sup> V. pourtant CA Paris 28 sept. 1993, Bull. Joly soc. 1994, p. 68, identifiant fictivité par recours à des hommes de paille, fraude et abus de personnalité morale.

<sup>785</sup> Sur l'abus de personnalité morale comme englobant les sociétés fictives et frauduleuses v. M.Cozian-A.Viandier-Fl.Deboissy nos 166 suiv., A.Martin-Serf, op. cit., no 1. V. plus généralement sur la notion d'abus de personnalité morale N. Fadel Raad « L'abus de la personnalité morale en droit privé », LGDJ 1991. Ainsi aussi l'arrêt précité du 28 sept. 1993 de la CA Paris.



de la fictivité comme défaut d'affectio societatis au moment de la création de la société (v. supra sur ce courant de pensée)<sup>786</sup>. Comme nous avons vu ci-dessus, ce qui intéresse dans ces cas de fictivité est réputé par ce courant d'auteurs consister non pas au défaut d'affectio societatis entre associés au moment de la constitution, mais au détournement de la personnalité morale et de l'autonomie de la société au profit d'un ou plusieurs associés ou l'instrumentalisation par eux de la société comme simple écran à n'importe quel moment de la vie sociale, notamment dans le but de faire échec aux droits des tiers dans le cadre de différents montages, situations établies par un faisceau d'indices prouvant l'anormalité de la situation d'une société<sup>787</sup>. La notion d'abus de personnalité morale exprime dans ce cas un effort de comprendre les vices de la société en dehors de la conception traditionnelle de la société comme contrat et de sanctions liées à cette conception. Ces cas de fictivité sont particulièrement intéressants dans le cadre de groupes de sociétés (v. infra, Partie II), et notamment pour ce qui concerne l'extension de la procédure collective ouverte contre une personne<sup>788</sup>. Il est d'autre part vrai que, comme nous avons remarqué ci-dessus, les frontières et la distinction entre fictivité traditionnelle et fictivité-abus de personnalité morale ne sont pas sûres, la jurisprudence n'ayant pas expressément consacré cette distinction ; ne sont pas sûres non plus les limites entre abus de personnalité morale, fraude et simple « habileté »<sup>789</sup>. En plus, est entourée d'incertitudes la relation de la notion de fictivité –

---

<sup>786</sup> Sur la notion de « fictivité économique » distincte de la « fictivité juridique », indépendante de la conception contractuelle de la société et conçue comme abus de personnalité morale v. J-J. Daigre « Sociétés fictives », n° 7, 17 suiv.. Dans le même sens essentiellement P. Rouast-Bertier, op. cit., nos 36 suiv., not. no 39, cet auteur ramenant la “fictivité” par confusion d'activités et de patrimoines à une variante de l'abus de droit, consistant à une utilisation de la société contraire à l'objet pour lequel cet instrument juridique a été conçu, et considérant que le recours à l'abus de personnalité morale dispenserait les tribunaux du besoin de recourir artificiellement à la fictivité-simulation, due, selon lui, à la difficulté d'établir le caractère frauduleux de la société par la preuve de la complicité à la fraude de tous les associés.

<sup>787</sup> J-J. Daigre, op.cit., n° 19.

<sup>788</sup> Sur l'action en extension de la procédure comme fondée sur l'abus de personnalité morale v. A. Martin-Serf, op. cit., no 178 .

<sup>789</sup> Sur le caractère casuistique des critères de la fictivité économique mais aussi sur le caractère aujourd'hui assez confus de la notion de fictivité et la distinction difficile entre fictivité pour abus de personnalité morale et simple habileté, étant donné que la personnalité morale contient nécessairement une part de fiction, notamment après la reconnaissance par le droit français des sociétés constituées comme unipersonnelles v. J-J. Daigre op.cit., nos 18,19 ; cet auteur met d'ailleurs en cause l'opportunité de l'extension de la notion de fictivité au-delà du sens traditionnel du terme, en préférant, semble-t-il, un recours exprès à la notion d'abus de personnalité morale. Pour ce même auteur la limite à ne pas franchir –au-delà de laquelle commence l'abus de la personnalité morale- est l'organisation par le biais de la société de l'insolvabilité ou quasi-insolvabilité de l'entreprise, l'abus de la personnalité morale se ramenant ainsi à une sorte de fraude (v. ci-dessous sur la conception grecque de l'abus de personnalité morale comme fraude). Il est d'autre part évident que seule la

notamment si celle-ci est vue comme libérée conceptuellement de la conception traditionnelle contractualiste - par rapport à une autre notion qu'on pourrait rapprocher de l'abus de personnalité morale, à savoir la confusion de patrimoines, caractérisée selon la jurisprudence par la confusion des comptes ou les flux financiers anormaux entre deux patrimoines, comme fondement d'extension d'une procédure collective, étant donné que la confusion de patrimoines est vue aussi comme indice pour établir la fictivité de la société (v. supra)<sup>790</sup>. Le droit français a introduit expressément depuis 2005 la distinction de ces deux notions de fictivité et de confusion de patrimoines, distinction déjà acceptée par la jurisprudence, comme fondements de l'extension de la procédure collective (art. L621-2 C. com.) – mais le critère de leur distinction demeure incertain, bien que la distinction n'ait pas d'intérêt pratique, le régime applicable étant le même<sup>791</sup>. Il semble que ces deux notions se

---

conception classique contractuelle sur la fictivité s'applique aux sociétés dépourvues de la personnalité morale –v. J-J Daigre, op. cit., no 7.

<sup>790</sup> Sur la confusion de patrimoines v. M.Germain - Ph.Delebecque « Traité » de G.Ripert-R.Roblot, t. 2, n° 2862, P. Le Cannu « Entreprise en difficulté » n° 224, J-J. Daigre, op.cit., n°25 suiv, A.Martin-Serf op.cit. n°13, 21, 29, F-X Lucas in « Ingénierie financière, fiscale et juridique” , Dalloz, nos 97.91 suiv., Fl.Reille « La notion de confusion de patrimoines, cause d'extension des procédures collectives » Litec 2006. La définition actuelle de la confusion de patrimoines, retenue par la jurisprudence dès le début des années 1990, exprime un élargissement de la notion, jadis comprise exclusivement comme un mélange inextricable des patrimoines rendant impossible la reconstitution de leur consistance (indéterminabilité de la consistance patrimoniale), critère exprimé aujourd'hui avec les termes de confusion des comptes ; c'est par le biais de l'adoption du critère complémentaire des relations financières anormales que l'extension en cause a eu lieu. Selon un auteur, “en l'espace de quelques années la confusion des patrimoines est passée d'un mélange inextricable des patrimoines, condition sévère, à un mélange seulement anormal des patrimoines, condition beaucoup plus souple” (Fl. Reille, op. cit., no 186). Sur la confusion des comptes et les flux financiers anormaux comme critères de la confusion des patrimoines- v. C.cass. Ch. com. 12 oct. 1993, Rev. soc. 1994, p. 327, note B. Saintourens, 28 mars 1995, D. 1995, IR, p. 140, 24 oct. 1995, Dr. soc. 1995, n° 238, obs. Y.Chaput, 1er oct. 1997, Bul. Joly soc. 1998, p. 550, note J-J. Daigre. Pour des cas dans lesquels la confusion des patrimoines n'a pas été retenue v. C.cass. Ch. com. 11 mai 1993, D 1993, IR 195, 5 avril 1994, Rev. soc. 1994, note Y.Guyon (présence de dirigeants ou associés communs, identité d'objets sociaux, centralisation de la gestion en un même lieu, existence de relations commerciales constantes – tous ces éléments n'étant pas suffisants pour caractériser la confusion), 31 janvier 1995, Rev. soc. 1996, p. 756, note D. Randoux (l'identité des membres et des dirigeants, les liens financiers réciproques et la complémentarité des activités ne suffisent pas pour établir la confusion de patrimoines de trois personnes morales à défaut d'imbrication de leurs éléments de l'actif et du passif), 1 oct. 1997, précité, note J-J Daigre (le cautionnement d'une SARL par ces associés, l'ouverture d'un compte courant d'associé et le remboursement direct par eux d'une partie de sa dette ne suffisent pas pour établir la confusion), CA Versailles, 2 avril 2002, JCP éd. E., 2002, n°41, p. 1627, note A.Couret (avances en compte courant d'une holding à sa filiale ne rompant pas l'équilibre entre les sociétés en cause et n'excédant pas leurs possibilités financières).

<sup>791</sup> La doctrine est partagée entre ceux qui croient que la distinction n'a pas lieu d'être, la confusion de patrimoines établissant la fictivité de l'une des personnes impliquées, comme le même patrimoine ne peut appartenir à plusieurs personnes, et ceux qui croient qu'il s'agit de notions distinctes, car la confusion de patrimoines suppose deux patrimoines au début réels mais par la suite enchêtrés. La jurisprudence sur l'extension de la procédure semble adopter cette seconde position,

recouvrent mais seulement partiellement (la confusion de patrimoines est un indice de fictivité, notamment dans les sociétés unipersonnelles, mais la fictivité peut être indépendante de la confusion de patrimoines, étant fondée sur d'autres indices, p. ex. cessions en blanc, et la confusion de patrimoines, qui d'ailleurs peut concerner des personnes physiques, peut avoir lieu entre entités juridiques constituées comme réelles et le demeurant)<sup>792</sup>. Pour plusieurs auteurs français la confusion de patrimoines est un cas d'abus de personnalité morale des sociétés, mais cette inclusion de la confusion de patrimoines à la catégorie de l'abus de personnalité morale est contestée par d'autres<sup>793</sup>.

---

la société fictive étant réputée l'être dès le début, car les associés n'ont jamais voulu donner à leur société une existence véritable et n'ont jamais eu l'affectio societatis. Il s'agit de la sorte essentiellement de la fictivité classique et la sanction de la levée de la personnalité morale dans le cadre de la procédure collective se présente, peut-on dire, dans le prolongement de l'action en déclaration de simulation (sans s'identifier bien sûr à celle-ci, car l'action en extension est réservée seulement à certaines personnes – v. supra)- v. la note de Ph. Pétel sous C.cass. Ch. com. 19 février 2002, précité. Par contre, la confusion de patrimoines ferait disparaître progressivement une personne morale, à la suite d'une confusion des comptes ou de l'existence de flux financiers anormaux et systématiques entre les deux patrimoines. Mais la confusion de patrimoines entre société et maître de l'affaire est souvent un indice crucial- bien que non indispensable- pour établir la fictivité classique d'une société (v. supra- la société mise en place par un maître de l'affaire et des hommes de paille peut avoir une autonomie patrimoniale) et la confusion de patrimoines aboutit souvent à l'effacement de la réalité d'une société durant sa vie, évolution qu'on pourrait identifier à la fictivité «économique» et à l'abus de personnalité morale, comme l'entend un courant d'auteurs (v. supra). Pour la distinction des deux notions v. aussi C.cass. Ch.com. 11 mai 1993, D. 1993, IR 1994, 31 janvier 1995, Bull. Joly 1995, 439, note Ph. Pétel, 8 février 1994, Rev. soc. 1995, p. 100, note A. Honorat (l'établissement de la fictivité de plusieurs sociétés exprimant l'activité du même maître de l'affaire ne passe pas nécessairement par la confusion de leurs patrimoines), 3 févr. 1998, Bull. Joly soc. 1998, p. 654, note J-J Daigre (la fictivité est caractérisée par le défaut d'affectio societatis ou la non réalisation des apports ou le non partage des bénéfices et des pertes, tandis que la confusion des patrimoines est caractérisée par l'existence de flux financiers anormaux entre deux personnes), CA Paris 1<sup>er</sup> juillet 2008, Bul. Joly soc. 2009, p. 48, note Fl. Reille (la fictivité est appréciée au moment de la constitution, comme défaut d'affectio societatis, et elle est distincte de la confusion de patrimoines, qui est conçue comme confusion des comptes ou existence de flux financiers anormaux entre les sociétés impliquées). Pour un cas d'extension de la procédure sur le fondement de la fictivité « économique » v. C.cass. Ch.com. 21 nov. 1995, précité. Selon le Pr. Daigre, (op. cit., no ) et Mme Reille (op. cit., nos 415 suiv.), la jurisprudence qualifie des faits similaires tantôt comme établissant la fictivité, tantôt comme établissant la confusion de patrimoines. V. aussi sur l'ensemble de la question J-Ph. Dom, thèse précitée n°578 suiv., J-J Daigre, op.cit, nos 25-28, F-X Lucas, op.cit., nos 97. 71 suiv., Fl. Reille, op. cit., nos 408 suiv., J-F Barbiéri « Confusion de patrimoines et fictivité des sociétés », PA, 26 oct. 1996, p. 9 suiv., D. Tricot « La confusion des patrimoines et les procédures collectives », Rapport Cour de cassation 1997, La documentation française 1998, p. 165 suiv., B. Soinne « Identité ou diversité des notions de fictivité et des confusions des patrimoines », PA, 6 déc. 1995, p. 12 suiv.

<sup>792</sup> V. Fl. Reille, op. cit., notamment no 478.

<sup>793</sup> V. sur l'ensemble de la question Fl. Reille, op. cit., no 327 suiv., et nos 348 suiv., avec les arguments de cet auteur contre ce rattachement tirés de la possibilité de confusion de patrimoines entre personnes physiques, de la non assimilation entre d'une part la confusion de patrimoines et d'autre part les cas d'abus prévus dans l'ancien art. 624-5 C. com. et dans la disposition sur

On pourrait de la sorte dire que la notion d'abus de personnalité morale ne trouve pas aujourd'hui en droit français un fondement sûr et en plus ses contours conceptuels et sa raison d'être (effort de synthétiser les cas de détournement des sociétés ou un cas particulier de détournement) ne sont pas certains.

### **L'abus de la personnalité morale en droit grec**

Le recours à l'abus de personnalité morale et la levée de cette dernière présentent en droit grec une utilité plus grande qu'en droit français, parce que la simulation dans les sociétés de capitaux n'est pas admise comme base pour une action contre le maître de l'affaire au profit des tiers et l'action paulienne est pratiquement marginalisée dans ces formes sociales (v. supra). La protection des tiers face à une utilisation détournée de la société comme personnalité morale appelle par conséquent le recours à d'autres moyens, indépendants de la théorie contractuelle de la société.

La jurisprudence grecque a commencé à recourir à la levée de la personnalité morale des sociétés personnifiées au profit des créanciers sociaux essentiellement dans les années 1980<sup>794</sup>. Toutefois, cette pratique jurisprudentielle a été accompagnée dès le début par de graves incertitudes et doutes concernant aussi bien le fondement théorique que le critère de la levée de la personnalité morale des sociétés de capitaux. Dans une première phase, la jurisprudence grecque levait la personnalité morale de la société au profit des créanciers sociaux en atteignant l'associé ou actionnaire ou associé principal d'une manière très large, en retenant comme critère pour l'inopposabilité de la personnalité morale de la société celui du contrôle : il suffisait selon cette jurisprudence la détention par une personne – seule ou par personnes interposées – de l'ensemble ou de la grande majorité des actions

---

l'infraction pénale d'abus de biens sociaux, et du radicalisme de la sanction de la confusion de patrimoines –extension de la procédure collective- par rapport à celle normale de l'abus – responsabilité civile de son auteur. Il est à noter que l'anc. art. L624-5 prévoyait une possibilité d'ouverture par le tribunal d'une procédure collective contre tout dirigeant de droit ou de fait d'une personne morale en procédure collective, en mettant à la charge de ce dirigeant le passif de la personne morale, pour une série de comportements abusifs, dont certains étaient constitutifs d'atteinte à l'autonomie patrimoniale de la société et rappelaient la confusion de patrimoines (v. Fl. Reille, op.cit., nos 353 suiv.). Selon la jurisprudence, il s'agissait de conditions et de procédure distinctes de celles dans le cas de la confusion de patrimoines, les agissements de l'art. L624-5 n'étant pas suffisants pour établir la confusion des patrimoines. D'abord atténué en 2005 (art. L652-1 C. com.), ce dispositif parallèle à la confusion de patrimoines a été abrogé plus tard, certains des agissements prévus à l'anc. art. L624-5 étant aujourd'hui des causes de prononciation de la faillite personnelle de leur auteur.

<sup>794</sup> Sur la levée de la personnalité morale en droit grec v. (en grec) les monographies de Th. Liakopoulos « La levée de l'existence distincte de la personnalité morale dans la jurisprudence », éd. Frères P. Sakkoula, 1993, K.Rigas « La levée de l'existence distincte de la personnalité morale », Nomiki Vivliothiki 2008.

ou des parts sociales, de sorte que la poursuite de l'activité de la société ou même l'existence de cette dernière dépendent de cette personne ; la reconnaissance de cette action rappelle l'action en déclaration de simulation du droit français à l'encontre du maître de l'affaire, visant à établir la réalité derrière l'apparence, mais elle était indépendante de considérations sur la fictivité, le défaut d'affectio societatis entre associés etc, en se fondant sur des éléments purement objectifs et en frappant beaucoup plus largement que la fictivité du droit français (en droit français la détention de la quasi-totalité du capital par une personne n'est pas en elle-même preuve de fictivité –v. ci-dessus). L'immixtion de l'actionnaire ou associé principal dans la gestion de la société au titre du président du conseil d'administration ou de « conseiller-dirigeant » était utilisée comme critère supplémentaire<sup>795</sup>. La jurisprudence grecque recourait aussi parfois pour fonder la levée de la personnalité morale à un autre critère, celui de l'exercice d'une activité individuelle d'une personne physique par le biais d'une société utilisée comme personne interposée (v. supra sur la notion d'interposition de personnes « fiduciaire » et sa distinction par rapport à la simulation quant à la personne en droit grec), l'utilisation de la société comme personne interposée étant vue comme constituant abus de personnalité morale ; cette dernière devient de la sorte inopposable aux tiers ayant contracté avec la société, avec comme conséquence la reconnaissance à leur profit d'une action directe contre le maître de l'affaire<sup>796</sup>. Cette dernière solution peut dans une certaine mesure rappeler l'action en déclaration de simulation du droit français en cas d'interposition de personnes- bien que pour le reste société interposée et société fictive soient des notions distinctes en droit français<sup>797</sup>. Pourtant, pour une partie de la doctrine cette levée de la personnalité morale des sociétés fondée sur l'interposition de personne était dangereuse pour la sécurité juridique, car elle n'offrait pas de critères sûrs pour distinguer entre utilisation de la société comme personne interposée et utilisation normale de la société à risques limités avec les

---

<sup>795</sup> Pour le cas d'utilisation du critère du contrôle v. p. ex. Areios Pagos 1058/1987 E.Emp 1987 p. 455, No. v. 1988 p. 2474 et pour d'autres arrêts dans les années 1980 et 1990 K.Rigas, op.cit., p.43.

<sup>796</sup> Ainsi E. Tziva, article précité sur l'exercice du commerce par personne interposée. Pour une utilisation de l'interposition de personne comme critère de levée du voile de la personnalité morale de la société par la jurisprudence v. Pol. Prot. (TGI) de Nafplio 11/1992 E.Emp. D. 1995 p. 215 et sur le critère de l'interposition de personnes comme critère distinct de levée de la personnalité morale v. Eph. (CA) du Pirée 606/2001, END 30, p.108 suiv.

<sup>797</sup> Ainsi M.Coizian- A.Viandier- Fl.Deboissy, no 156, B. Vidal-Pedroletti « L'interposition de personnes dans les sociétés commerciales », thèse Aix-en-Provence 1986. Une société interposée n'est pas nécessairement une société fictive, mais seulement une société intervenant non dans son propre intérêt, mais pour réaliser l'intérêt d'autrui. V. supra sur le régime de l'interposition de personnes en droit français, applicable aussi si l'interposé est une société.

avantages en résultant pour l'associé ou actionnaire principal<sup>798</sup>. Mais c'était le recours au critère principal du contrôle pour la levée de la personnalité morale des sociétés (v. supra) qui posait davantage de problèmes pour la doctrine : la levée de la personnalité morale de la société sur ce fondement aboutissait à atteindre l'associé ou actionnaire principal dans les sociétés avec une très forte concentration du contrôle, même si l'intéressé avait respecté les « règles du jeu » impératives du droit des sociétés et la séparation patrimoniale en résultant, avec des effets que la doctrine considérait comme déstabilisants pour l'activité privée économique. La jurisprudence grecque a ainsi finalement abandonné ce critère<sup>799</sup>. Le nouveau critère de la levée de la personnalité morale des sociétés de capitaux adopté par la doctrine et la jurisprudence dominante est celui de l'abus de personnalité morale, conçu comme concrétisation de l'abus de droit de l'art. 281 AK (v. supra) – ou, alternativement, comme abus d'institution, avec application analogique de l'art. 281 AK. Selon ce point de vue, la constitution de personnes morales et plus particulièrement de sociétés est une liberté que le droit reconnaît aux particuliers dans la poursuite de leurs buts individuels, le droit offrant ainsi aux particuliers les différentes formes sociales, notamment celles à risques limités, avec la segmentation des risques en résultant, pour l'exercice de cette liberté. Il en résulte que les particuliers ont le droit d'invoquer la séparation entre eux et la personne morale "parfaite" (à risques limités) qu'ils ont créée. Mais ce droit, comme tout autre droit subjectif ou liberté individuelle en droit grec, ne peut pas être exercé d'une manière constitutive d'abus, qui selon l'art. 281 AK est caractérisé par un exercice d'un droit subjectif manifestement contraire aux bonnes mœurs, à la bonne foi ou à la finalité économique et sociale du droit en cause (v. supra). D'autre part, selon la théorie de l'abus d'institution, les personnes morales et plus particulièrement les sociétés sont des institutions, à savoir ensembles de règles finalisés offerts par le droit aux particuliers que ces derniers ne peuvent pas utiliser en dehors des finalités du droit et surtout à des buts de fraude, dans ce dernier cas un abus étant caractérisé. On pourrait dire que ces deux théories sur l'utilisation abusive des sociétés de capitaux sont complémentaires et non antagonistes, car la constitution par les particuliers de personnes morales est aussi bien exercice d'une liberté que recours à une institution, et aboutissent d'ailleurs aux mêmes résultats pratiques. En tout cas, il y a abus de personnalité morale ou d'institution quand l'associé utilise la

---

<sup>798</sup> V. ainsi K. Rigas, monographie précitée, p. 52 suiv. V. aussi *ibid*, p. 55 suiv., pour d'autres théories proposées en Grèce pour fonder la levée du voile de la personnalité morale (théorie des garanties spéculatives, qualification d'une personne comme commerçant par elle-même).

<sup>799</sup> Le tournant de la jurisprudence s'effectua avec les arrêts de l'Assemblée Plénière d'Areios Pagos 17/1994 E.Emp. D. 1994 p. 589, Episk. E.D. 1995, p. 343, 5/1996, DEF 1996 p. 936 suiv, 1035 suiv., Episk. E.D. 1996 p. 815, E.Emp. D. 1996, p. 758.

personnalité morale de la société dans le but soit de fraude à la loi, soit de provoquer un dommage à un tiers, soit pour échapper à ses obligations, autrement dit dans ces derniers cas dans un but de fraude à des droits et intérêts privés<sup>800</sup>. Dans ces cas, l'opposition de la personnalité morale aux tiers est abusive, car les finalités poursuivies par elle sont désapprouvées par l'ordre public grec, et la levée de cette personnalité morale est permise. Il est à noter le fort élément subjectif qui colore cette définition, rappelant la conception française de la fraude fondée sur l'intention exclusivement frauduleuse et rapprochant les notions d'abus de droit et de fraude, bien que l'abus de droit et la fraude à la loi soient en droit commun grec indépendants de l'élément subjectif (v. supra) ; en plus, la jurisprudence grecque n'exige pas expressément, comme c'est le cas avec la théorie française de la fraude, exclusivité du but frauduleux<sup>801</sup>. La fraude est largement conçue, permettant d'englober la volonté d'utiliser la personnalité morale de la société comme écran pour frauder les droits des créanciers résultant des relations nouées dans l'exercice d'une activité économique mais aussi la volonté de fraude aux créanciers personnels du maître de l'affaire, indépendamment des conditions de la fraude paulienne. Selon cette conception, les seuls faits de la concentration du capital social entre les mêmes mains ou la volonté de limitation de responsabilité et de ségmentation des risques ne sont pas constitutifs d'abus,

---

<sup>800</sup> Sur le fondement de la levée de la personnalité morale en droit grec v. N.Rokas « Sociétés commerciales » p. 370, K.Rigas op.cit., p.62 suiv. et les articles (en grec) sur la levée de la personnalité morale d'A. Kiantou-Panbouki, Arm. 1993 p.877, D.Avgitidis, Episk. E.D. 1997 p. 75, ainsi que le rapport sur ce même sujet au 17ème congrès des commercialistes grecs de Ch. Pamboukis. Pour un exemple d'arrêt fondant l'abus de la personnalité morale sur l'abus de droit de l'art. 281 AK v. p. ex. Pol. Prot. (TGI) Pirée 1676/2003, EEmpD 2004, p. 80. Sur l'application de l'art. 281 AK aux libertés naturelles au prolongement de l'art. 25 par. 3 de la Constitution grecque v. K. Karayannis, thèse précitée, p. 286-287. Sur la théorie de l'abus d'institution comme sous-catégorie de la fraude à la loi, abus résultant de la comparaison entre la finalité de la reconnaissance d'une institution par le droit et son utilisation dans un cas particulier, avec prise en compte d'éléments objectifs et subjectifs pour relever l'abus - v. K. Karayannis « La fraude à la loi... », art. précité, p. 235 suiv. ainsi que sa thèse précitée, p. 284 suiv., et plus particulièrement p. 289 suiv., sur l'abus d'institution, vu au prolongement de la théorie allemande de la 'simulation objective' (v. supra), mais exclusive de la simulation « subjective » (celle de l'art. 138 AK) comme fondement de la fraude et de l'abus de personnalité morale effectués par le moyen de sociétés. V. aussi ibid, p. 286-287, pour l'application directe de l'art. 281 AK sur l'abus d'institution. Pour des arrêts s'étant fondés sur l'abus d'institution pour avancer à la levée de la personnalité morale v. Eph. (CA) Pirée 606/2001, précité – cette jurisprudence relève l'abus d'institution des résultats inacceptables qu'aurait dans des circonstances particulières le respect du principe de la séparation entre la personne morale et ses membres, en utilisant les mêmes critères et indices pour établir cet abus avec la jurisprudence se fondant sur l'abus de droit pour lever le voile de la personnalité morale. Mais la jurisprudence invoquant l'abus d'institution considère que, à défaut de prévision exprès de ce dernier par le droit grec, il y a application seulement analogique de l'art. 281 AK.

<sup>801</sup> V. pourtant K. Karayannis, thèse précitée, p. 315 suiv., soutenant que les éléments objectifs sont en principe suffisants pour établir l'abus d'institution et fonder la levée de la personnalité morale des sociétés constituant un tel abus.

solution désormais conforme aux conceptions en vigueur en France. Dans la jurisprudence et la doctrine grecques, comme indices de l'abus de la personnalité morale pour frauder des intérêts privés sont proposés « l'exercice de la part de l'associé du commerce avec comme personne interposée la société, l'exercice parallèle d'activités similaires à titre individuel et à titre sociétaire, la fictivité (caractère simulé) de la personne morale, le comportement de l'associé engendrant l'impression de responsabilité personnelle de sa part, mais plus décisives sont considérées le financement insuffisant de la société et la confusion entre les patrimoines individuel et social »<sup>802</sup>. L'abus de la personnalité morale résulte ainsi d'un faisceau d'indices établissant une utilisation anormale de la société, qui à son tour établit une volonté de fraude du maître de l'affaire (bien qu'on puisse dire que la sous-capitalisation de la société et la confusion de patrimoines n'établissent pas nécessairement une fraude), avec comme résultat que l'invocation par ce dernier de la distinction de sa personne et de la personne de la société est rejetée comme constituant abus de droit ou abus d'institution<sup>803</sup>. L'abus de personnalité morale du droit grec joue ainsi pour une grande partie le rôle joué en droit français par la théorie des sociétés fictives et frauduleuses. On doit notamment relever le rôle de la confusion des patrimoines pour établir la fictivité ou pour fonder l'extension de la procédure collective en droit français et pour établir l'abus de personnalité morale en droit grec. Mais la jurisprudence grecque, à la différence de celle française, ne donne pas une définition de la confusion de patrimoines, les contours de la notion étant ainsi imprécis ; la doctrine grecque renvoie d'autre part aux conceptions de la jurisprudence allemande –assez restrictives par rapport aux conceptions aujourd'hui dominantes en France sur la notion de confusion de patrimoines (v. supra)- en matière de confusion de patrimoines pouvant fonder la levée de la personnalité morale<sup>804</sup>. Le recours au fondement offert par l'abus de droit de l'art. 281 AK, indépendamment de la théorie de la société comme contrat (une société valablement constituée selon le droit grec comme unipersonnelle peut constituer un abus de personnalité morale, cette notion est indépendante des relations entre associés et de leur défaut ou non d'affectio societatis),

---

<sup>802</sup> Ainsi par exemple Pol. Prot. (TGI) Athènes 793/1998, EempD 1998, P. 795, Eph. (CA) Pirée 606/2001, précité, (sur le fondement de l'abus d'institution), Pol. Prot. (TGI) du Pirée 1673/2003, précité. V. pourtant Eph. (CA) Athènes 1702/2006, DEE 2007, p. 322, selon lequel il n'est pas possible d'établir des critères a priori pour la fraude aux obligations du maître de l'affaire, mais l'utilisation frauduleuse de la société doit résulter des circonstances particulières de chaque espèce.

<sup>803</sup> V. sur la non identification entre confusion de patrimoines et fraude en droit français F. Reille, thèse précitée, no 409.

<sup>804</sup> V. K. Rigas, op. cit., p. 97, renvoyant à BGH 16-9-1985, BB 1985, p. 2056 suiv., exigeant une confusion de telle étendue, p. ex. une telle observation désordonnée de la comptabilité sociale, qu'il devienne impossible de contrôler le respect des dispositions sur le capital social, qui sont la justification de la limitation de responsabilité.



peut être vu comme faisant le droit grec échapper aux problèmes conceptuels rencontrés en droit français, avec les difficultés dans la définition de la fictivité et dans les délimitations entre sociétés fictives et frauduleuses et entre fictivité juridique et économique (v. supra)<sup>805</sup>. En plus, c'est sur une notion de fraude que l'abus de personnalité morale est établie en droit grec, tandis que la fictivité et la confusion de patrimoines sont –du moins conceptuellement– indépendantes de la fraude en droit français ; c'est pourtant une notion de fraude largement conçue comme détournement de la personnalité morale de la société. Ce point de vue reprend le critère d'interposition de personne utilisé dans le passé pour fonder la levée de la personnalité morale des sociétés –v. supra–, mais seulement comme indice pour établir la fraude aux droits des cocontractants et l'abus de personnalité morale, et de la sorte on doit réputer que ne constitue pas interposition de personne une utilisation normale des sociétés à risques limités, même unipersonnelles. Il est en plus à noter que la notion d'abus de personnalité morale absorbe pour une grande partie selon ce même point de vue celle de société de capitaux simulée, la simulation de la société étant un indice pour établir l'abus ; ce n'est pas toutefois toute simulation de société qui est réputée abus de personnalité morale, mais seulement celle visant à une fraude (il est toutefois vrai que pratiquement presque toute société de capitaux simulée s'activant dans la vie économique a un but frauduleux tel qu'exigé par la définition de l'abus de personnalité morale)<sup>806</sup>. Il est d'autre part aussi vrai que la notion de simulation retenue comme indice pour établir l'abus de personnalité morale pose des difficultés conceptuelles<sup>807</sup>. En plus, un courant dans la jurisprudence regarde simulation et abus de personnalité morale comme des notions s'excluant mutuellement, l'abus de personnalité morale supposant selon ce point de vue une société réelle, mais utilisée de façon anormale, tandis que la société simulée est une société seulement apparente, l'activité économique en cause étant exercée dans ce cas pour le compte ou même essentiellement au nom de l'entrepreneur ; d'autres arrêts ignorent la notion d'abus de personnalité morale et exigent pour atteindre le maître de l'affaire le

---

<sup>805</sup> Cf K. Karayannis, thèse précitée, p. 581, considérant que le recours à l'abus d'institution pour sanctionner les personnes morales anormales fait échapper au critère incertain de la simulation de l'acte juridique de l'art. 138 AK.

<sup>806</sup> V. sur l'exclusion de la levée de la personnalité morale en cas de simple simulation, sans volonté frauduleuse, K. Rigas, monographie précitée, p. 79, 83. Selon cet auteur, la simulation crée une présomption d'intention frauduleuse, mais le maître de l'affaire peut renverser cette présomption, en prouvant que le caractère simulé de la société ne sert pas de finalités illicites.

<sup>807</sup> V. K. Rigas, op. cit., p. 79, 83, soutenant que quand la jurisprudence retient la simulation de la société comme indice d'abus de personnalité morale il ne s'agit pas de la simulation de l'art. 138 AK, mais de l'absence d'organisation et de vie dans les transactions. V. pourtant Eph. (CA) Pirée 606/2001, précité, selon lequel l'abus de personnalité peut être établie entre autres indices par la simulation de la société ou par l'absence d'organisation et d'activités dans les transactions, ces deux indices semblant apparentées, mais distinctes.

caractère simulé de la société ou l'absence de sa part d'organisation et d'activité dans les transactions ou l'exercice par l'entrepreneur de l'activité économique pour son compte ou même essentiellement à son nom<sup>808</sup>. Nous croyons que la distinction entre sociétés simulées et sociétés constituant un abus de personnalité morale est sur un plan conceptuel justifiée. On pourrait en plus soutenir que la plupart des indices utilisés pour établir l'abus de personnalité morale pourraient aussi être utilisés pour fonder le caractère simulé de la société, la simulation étant entendue comme absence de toute volonté des fondateurs de constituer une entité juridique autonome, avec une organisation propre et une autonomie patrimoniale (notamment c'est le cas pour la confusion de patrimoines ab initio et absolue, au sens de l'inexistence essentielle d'un patrimoine social distinct –comp. ci-dessus pour l'utilisation de cette notion pour fonder la fictivité des sociétés en droit français- et pour l'utilisation de la société exclusivement comme personne interposée du maître de l'affaire) ; cette simulation est dans la plupart de cas mise en place dans un but de fraude, et on pourrait dire que la constitution de sociétés simulées combinée avec leur activation dans la vie des transactions est ipso facto frauduleuse<sup>809</sup>. L'abus de personnalité morale peut d'autre part trouver application dans le cas de sociétés réelles –autrement dit celles pour lesquelles il ne peut être établie que les associés n'ont voulu aucune autonomie organisationnelle et patrimoniale de leur société-, mais servant un but de fraude (fraude à la loi ou aux droits des créanciers ou agissements dans le but à nuire à autrui), la fraude aux droits subjectifs privés étant établie par le caractère défectueux et l'utilisation anormale de l'être juridique mis en place ; l'insuffisance de la capitalisation ou la confusion de patrimoines conçue comme flux financiers anormaux au profit du maître de l'affaire sont ainsi des indices pouvant fonder la fraude aux droits des créanciers plutôt que la fictivité de la société. On pourrait aussi imaginer des cas –p. ex. confusion de patrimoines comme résultat de négligence grave- dans lesquels l'abus de personnalité morale en résultant est indépendante de l'intention frauduleuse du maître de l'affaire. Mais il demeure vrai que le recours à l'abus de personnalité morale sur un fondement de fraude et de détournement même dans des cas qu'on pourrait qualifier de sociétés simulées permet d'échapper aux difficultés de cerner conceptuellement la simulation des personnes morales et de délimiter chaque fois les sociétés simulées et celles constituées comme réelles mais anormalement

---

<sup>808</sup> V. sur le premier courant p. ex. Eph. (CA) Pirée 213/2007, END 35, p. 57, et sur le second l'arrêt 961/2005 de la même cour, EEmpD 2005, p. 799. Pour une critique de ces courants dans la jurisprudence v. K. Rigas, op. cit., p. 77 suiv.

<sup>809</sup> Contra K. Rigas, op. cit., p. 79. V. plus généralement sur les buts frauduleux que peut servir la constitution d'une personne morale fictive v. K. Karayannis, p. 579-580, l'auteur croyant toutefois que dans la plupart de cas pouvant donner des motifs pour la constitution simulée de sociétés on peut recourir à une constitution réelle, les sociétés en cause n'étant pas illicites sans autre.

utilisées; surtout, il permet de pallier dans une certaine mesure le refus de l'opinion dominante de reconnaître les effets du droit commun de la simulation à l'égard de telles sociétés et la difficulté en découlant de lever le voile de la personnalité morale sur le fondement de la simulation du droit commun (v. supra). Ainsi, si l'opinion dominante excluant la nullité des sociétés de capitaux simulées aboutit à l'acceptation d'une instrumentalisation excessive de ces sociétés, du moins la construction quasi-unanimement admise de l'abus de personnalité morale vient réprimer l'utilisation frauduleuse de cette instrumentalisation<sup>810</sup>. Il est à rappeler que le droit français traite sur un autre fondement que celui grec la sous-capitalisation de la société, en la voyant comme une cause d'insuffisance d'actif pouvant engager la responsabilité personnelle de l'associé-dirigeant pour faute de gestion à l'égard des créanciers sociaux dans le cadre de l'ouverture d'une procédure collective contre la société<sup>811</sup>. L'art. 281 AK est selon l'opinion dominante d'ordre public (v. supra), et de la sorte son application comme fondement de la levée de la personnalité morale ne peut pas être exclue en amont par convention des particuliers<sup>812</sup>. Toutefois, selon l'opinion largement dominante l'abus de personnalité morale n'est pas en droit grec une cause de nullité de la société de capitaux, à la différence de ce qui se passe avec les sociétés fictives ou frauduleuses du droit français, sur le fondement d'une interprétation très restrictive du droit communautaire des nullités des sociétés de capitaux (v. supra), mais aussi sur celui de la proportionnalité de la sanction et du respect à l'autonomie privée une fois la fraude déjouée, une attitude qui pourtant laisse survivre des entités définies comme servant une attitude frauduleuse, donc des finalités illicites<sup>813</sup>. La

---

<sup>810</sup> V. K. Karayannis, thèse précitée, p. 295, selon qui il y a absorption de la simulation des sociétés de capitaux utilisées dans un but de fraude dans la théorie de l'abus d'institution, à cause de l'impossibilité pour la simulation de développer dans ces cas son effet normal de nullité.

<sup>811</sup> M.Cozian-A.Viandier-Fl.Deboissy n°243, 246 et d'une manière plus détaillée infra, Partie II.

<sup>812</sup> V. K. Rigas, op. cit., p. 193. Contra pourtant L. Georgakopoulos, « Manuel », t. 1, fasc. 2, p. 451.

<sup>813</sup> V. pour l'opinion dominante p. ex. K.Pamboukis Episk.E.D. 1999 p. 203 suiv, spec. p. 219, A.Karagounidis in « Droit de la société anonyme » (dir. E.Perakis), t. 1 p. 578, Eph. (CA) d'Athènes 5367/2003, El.D/ni 2004, p. 1477 suiv. Selon K. Rigas, op. cit., p. 65, la nullité de la société pour abus de personnalité morale serait une sanction non nécessaire et disproportionnée, en conflit avec le principe de proportionnalité constitutionnellement garantie (art. 25 de la Constitution grecque) – v. pourtant le même auteur, op. cit., p. 92-93, acceptant la possibilité de la nullité d'une société de capitaux constituée avec une finalité d'abus de droit pour objet illicite. V. aussi K. Karayannis, thèse précitée, p. 293 suiv., sur l'utilité de la délimitation de l'abus d'institution par rapport à la simulation, la première notion permettant d'exclure la nullité automatique résultant de la seconde et d'éviter une trop grande intervention dans l'autonomie privée, au-delà de ce qu'exige la restauration de l'effectivité de la règle de droit fraudée et ibid, p. 581, plus particulièrement sur les personnes morales réalisant un abus d'institution. Mais cet auteur est de lege ferenda pour la prononciation de la nullité des sociétés de capitaux simulées, qu'il distingue de celles constituant abus d'institution (v. supra). En

sanction de l'abus de personnalité morale est ainsi en droit grec une levée de la personnalité morale ad hoc, principalement au profit des créanciers sociaux, qui peuvent ainsi atteindre le patrimoine personnel du maître de l'affaire pour les dettes sociales, mais aussi selon l'opinion dominante au profit des créanciers personnels de l'associé ou actionnaire principal, qui peuvent atteindre l'actif social ; il n'est pas sûr pourtant si cette levée signifie responsabilité solidaire du maître de l'affaire pour les dettes sociales avec la société ou responsabilité du seul maître de l'affaire, la société étant réputée dans cette dernière version ad hoc comme inexistante<sup>814</sup>. Il est aussi à noter que l'abus de personnalité morale peut être invoqué aussi par des personnes autres que celles dont les droits le maître de l'affaire a voulu frauder<sup>815</sup>. Une autre conséquence très importante de la levée de la personnalité morale est en droit grec la qualification personnelle de commerçant du maître de l'affaire, avec possibilité de sa mise en faillite et traditionnellement possibilité de contrainte par corps à son égard pour les dettes sociales (v. toutefois supra sur la réforme récente ayant retreci beaucoup la possibilité de contrainte par corps). L'abus de personnalité morale est bien sûr particulièrement importante en cas de faillite de la société et la doctrine grecque est positive à l'égard de la possibilité de levée de la personnalité morale de la société en faillite qui constituerait un tel abus ; mais le droit grec, à la différence du droit français, ne contient pas de disposition expresse prévoyant l'extension de la procédure en cas de fictivité ou confusion de patrimoines de la société en faillite<sup>816</sup>. Il est aussi à noter que dans certains cas la jurisprudence grecque utilise l'abus de personnalité morale et la levée de cette dernière au profit d'un associé ou actionnaire – mais

---

faveur de la prononciation de la nullité des sociétés constituant abus de personnalité morale sur le fondement de l'abus de la liberté d'organisation et de la combinaison des art. 281, 174, 178, 179 AK l'avis 499/1991 du Conseil juridique de l'Etat grec, DEE 1996, p. 1108 .

<sup>814</sup> Pour la possibilité de levée à sens inverse au profit des créanciers personnels de l'associé ou actionnaire sur le même fondement de l'abus de personnalité morale v. Eph. (CA) du Pirée 348/2005 nov. 2006 p. 246, DEE 2007 p. 318. Sur cet aspect de la question v. K. Rigas, op.cit., p. 160 suiv. Cette possibilité des créanciers personnels du maître de l'affaire d'atteindre l'actif social est plus favorable que l'action paulienne, car le créancier n'a à faire ni la preuve de la connaissance d'un but frauduleux par les coassociés éventuels ni la preuve de l'insolvabilité de son débiteur – il doit seulement prouver les éléments objectifs dans les relations maître de l'affaire-société établissant que l'opposition de cette dernière est abusive selon l'art. 281 AK (v. supra sur la marginalisation de l'action paulienne en droit grec des sociétés). La jurisprudence grecque n'a pas eu à se prononcer pour le moment sur des cas de conflits plus spécifiques entre le créancier personnel du maître de l'affaire et le créancier social de bonne foi –notamment privilégié- sur les biens sociaux de la société constituant un abus de personnalité morale. Pour la priorité de la protection des créanciers personnels victimes de la fraude sur la protection du capital social K. Rigas, op. cit., p. 164.

<sup>815</sup> K. Karayannis, thèse précitée, p. 301 : les créanciers personnels du maître de l'affaire peuvent invoquer le caractère abusif d'une société constituée dans le but de fraude aux droits du fisc.

<sup>816</sup> Sur la question de la levée de la personnalité morale en droit grec des faillites v. L.Kotsiris « Droit des faillites », n°39.

il s'agit de cas exceptionnels<sup>817</sup>. En tout cas, la construction de l'abus de personnalité morale ou d'institution est aujourd'hui l'arme principale de l'ordre public économique grec pour déjouer les montages d'instrumentalisation frauduleuse des sociétés à risques limités.

### **§ 3. Le régime des sanctions de droit privé durant le fonctionnement de la société en elle-même normale et les montages**

Une fois la société constituée, se pose d'abord le problème du sort des actes défectueux – contraires à l'ordre public sociétaire – de ses organes, notamment de ceux de la collectivité des associés, qui ont la compétence de prendre les décisions les plus importantes pour la vie sociale (A). Mais se pose aussi le problème de la responsabilité civile des participants dans la vie sociale – notamment des dirigeants sociaux, mais aussi des associés – pour des agissements contraires à l'ordre public sociétaire (B).

#### **A. Les sanctions des actes irréguliers des organes sociaux**

##### **Généralités sur les actes des organes sociaux contraires à l'ordre public sociétaire**

Un acte des organes sociaux peut être irrégulier car contraire à l'ordre public sociétaire à cause d'un vice à l'égard soit de l'impératif concernant la procédure de prise de décision, soit de celui concernant le fond du droit de sociétés. D'ailleurs, plusieurs montages sociétaires utilisent comme « pièces » des actes et décisions des organes sociaux, de sorte que la connaissance comparée du régime des actes sociaux défectueux – lui-même faisant

---

<sup>817</sup> Il s'agit de certains cas exceptionnels où l'opposition à l'associé ou actionnaire de la séparation des patrimoines se présente comme abusive v. par exemple Areios Pagos (As. Pl.) 14/1999, Epsik. E.D. 1999, p. 735 suiv., 1998/2006 Episk ED 2006, p. 1034 suiv (des cas où, compte tenu des circonstances et de l'inertie de la société, l'opposition de la séparation des patrimoines par les membres du CA ou le majoritaire à l'actionnaire minoritaire agissant en responsabilité du premier pour dommage individuel résultant indirectement du dommage provoqué à la société par le premier serait abusif). V. aussi la consultation d'A.Gazis-Th.Liakopoulos-M.Chiotelis, E.Emp D. 1993, p.659 suiv. (selon ces auteurs, dans le cas d'une société unipersonnelle spéciale constituée par un entrepreneur à l'exigence de l'Etat grec dans le but unique de la conclusion d'un contrat important de travaux publics, les héritiers de l'actionnaire unique défunt de la dite société unipersonnelle peuvent imputer à la succession le passif de la société et diminuer ainsi l'assiette de l'impôt sur les successions dû par eux).

en principe partie de l'ordre public sociétaire – est importante pour la compréhension des limites et des contraintes qui pèsent sur ces constructions d'origine privée dans chacun des deux droit sans comparaison.

### **Les actes irréguliers des organes sociaux en droit français**

Le droit français aborde le problème des actes juridiques défectueux des organes sociaux d'une façon unitaire, en imposant une fois de plus un régime en principe identique pour toutes les sociétés (1844-10 al. 3 suiv. C.civ.) et, plus essentiellement, pour toutes les sociétés commerciales (L235-1 suiv. C.com.), régime dérogatoire au droit commun des nullités et visant à promouvoir la sécurité juridique, par le caractère exceptionnel des nullités<sup>818</sup>. Une fois de plus, ces besoins de sécurité et de confiance ont la priorité en droit des sociétés sur la sanction stricte des violations des prescriptions de l'impératif sociétaire. Toutefois, la sécurité juridique et la confiance dans les transactions sont ici moins impliquées qu'en matière de nullité de la société elle-même, de sorte que les nullités sont plus largement admises. Le régime des nullités des actes et délibérations des organes sociaux suit en droit français pour les sociétés commerciales une *summa divisio* entre actes modifiant et ne modifiant pas les statuts : les premiers sont nuls seulement si la loi prévoit expressément la nullité comme sanction de la violation d'une disposition impérative du droit des sociétés (sont ainsi exclues les nullités « virtuelles » – mais la loi française prévoit des cas de nullité expresse plus nombreux que pour la nullité des sociétés elles-mêmes, notamment pour les sociétés de capitaux)<sup>819</sup>. Les seconds sont nuls dans tout cas de violation de l'impératif du Livre II du Code sur les sociétés commerciales (avec des problèmes quant à la connaissance du caractère impératif ou non d'une disposition, si la loi ne le prévoit pas expressément, du sort des actes violant l'impératif réglementaire ou les

---

<sup>818</sup> Sur ce dispositif v. M. Cozian- A. Viandier- F. Deboissy n<sup>os</sup> 417 suiv., P. Didier t.2, p. 356, Ph. Merle n<sup>os</sup> 68 suiv., 486, 495. Selon M. Cozian-A. Viandier-FI. Deboissy, op. cit., no 417, l'articulation entre les textes des deux Codes laisse à désirer et les textes, particulièrement sibyllins, ne brillent pas par leur clarté, avec des problèmes en résultant pour la sécurité juridique.

<sup>819</sup> V. p. ex. L223-27, al. 4, 5, L223-43 al. 4, L225-104 al. 2, L225-121 C.com. (articles concernant notamment les formes et délais de convocation et les quorums et majorités de prise de décision) et plus particulièrement L225-149-3 du Code sur les nullités des décisions portant sur l'augmentation du capital des SA. V. supra sur l'« assemblée universelle » pouvant guérir les défauts dans la convocation de l'assemblée de la SA. Pour ce qui concerne la non-publicité des actes sociétaires devant être publiés, notamment avec dépôt au registre du commerce et des sociétés, la sanction normale est leur inopposabilité aux tiers les ignorant, ces derniers pouvant toutefois les invoquer (v. pourtant L235-2 C. com., prévoyant la nullité –régularisable et facultative, sauf fraude, inopposable en tout cas aux tiers, des actes et délibérations des SNC et commandites non publiés- v. sur l'ensemble de la question des publicités durant la vie sociale et les sanctions J-M Bahans, in J-Cl Sociétés, fasc. 27-50, not. nos 104 suiv., 121 suiv..

statuts, mais aussi sur le caractère absolu au relatif de la nullité)<sup>820</sup>. Est aussi cause de nullité de tout acte ou délibération sociale la violation des conditions générales de validité de l'acte juridique (les lois régissant la nullité des contrats, selon le texte de la loi- objet illicite, cause illicite, vice de consentement) mais aussi la fraude et l'abus de droit (autrement dit, la violation de l'ordre public politique et économique général, pris dans un sens large - v. infra avec plus de détails sur l'abus)<sup>821</sup>. Pour le reste, le régime des nullités des actes et délibérations des organes sociaux est le même avec celui des nullités des sociétés (prononciation judiciaire, courte prescription de l'action en nullité- sauf modification statutaire rendant l'objet social illicite –, larges possibilités de régularisation- v. art. 1844-12, 1844-14, 1844-14 C.civ., L235-9, L235-12 C. com.) – avec ces différences importantes, que la prononciation de la nullité est souvent facultative et que, une fois prononcée, elle rétroagit, sous la réserve toutefois de la protection des tiers de bonne foi, auxquels la nullité est opposable<sup>822</sup>. Mais pour les modifications des statuts introduisant des clauses réputées par la loi comme non écrites est bien sûr applicable le régime particulier de ces dernières, chose qui diminue l'importance du régime des nullités en la matière. Il est aussi à noter que le droit français prévoit un régime spécial et encore plus restrictif pour les délibérations sociales concernant les restructurations sociétaires (fusions, scissions), dans le but de garantir la sécurité juridique de ces opérations particulièrement importantes, même en sacrifiant dans une certaine mesure le respect des prescriptions de l'ordre public sociétaire (L235-8, L235-11 C.com.- selon ce régime il y a nullité des restructurations seulement pour nullité de la délibération de l'une des assemblées ayant décidé l'opération ou pour défaut de dépôt par les sociétés impliquées de la déclaration de conformité de l'opération de l'art. L236-6 du Code, le délai d'agir en nullité est de six mois dès la dernière inscription au registre nécessaire pour achever l'opération, il y a possibilité de régularisation offerte par le tribunal, la nullité ne rétroagit pas pour ce qui concerne les obligations nées à

---

<sup>820</sup> V. CA. Montpellier 7 janvier 1980, Rev. soc. 1980, p. 777 note Chr. Mouly, CA Paris 10 mai 1984 Bull. Joly, 1984, p. 765 (sur le problème du caractère nécessairement impératif ou non d'un texte légal dont la violation est pénalement sanctionnée, problème auquel les deux arrêts donnent des réponses différentes), C. cass. 3e Ch. Civ., 24 sept. 2003, JCP E 2004, n° 9, obs. J. -J. Caussain - Fl. Deboissy- G. Wicker (sur la question de la nullité à la suite de la violation d'un texte réglementaire). Sur la question de la nullité de la délibération à la suite de la violation des statuts v. J. P. Legros, Dr. soc. avr. 1999, p. 1.V. aussi art. L210-9 C.com. sur l'effet « curatif » à l'égard des tiers de la publicité du vice dans la nomination d'un dirigeant.

<sup>821</sup> V. sur cet aspect M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy, nos 420-421, 425.

<sup>822</sup> V. sur le régime et les effets des actions en nullité M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy, nos 426-427. Pour des cas dans lesquels la nullité est prévue par la loi comme facultative v. L223-27, L225-104, L225-149-3 al. 3. V. aussi art. L225-104 sur l'irrecevabilité de l'action en nullité pour cause de vice dans la convocation de l'assemblée, si tous les actionnaires étaient présents ou représentés.

la charge ou au profit des sociétés impliquées entre la date de la fusion ou scission et celle de la publication de l'arrêt prononçant la nullité de la restructuration)<sup>823</sup>. Il est évident que ce régime offre une consolidation aux montages ayant recours aux restructurations, notamment dans le cadre plus général du « montage structurel » du groupe de sociétés. Il est aussi à noter que le droit français prévoit spécialement la possibilité de recours à la procédure du référé en cas d'omission des dirigeants des sociétés commerciales d'effectuer certaines obligations imposées par la loi, afin que ces derniers soient obligés d'accomplir ces tâches sous menace d'astreinte, en tenant ainsi explicitement compte de ce que l'ordre public sociétaire peut être violé non seulement par des actes, mais aussi par des omissions des détenteurs du pouvoir dans les sociétés (injonctions de faire- L238-1 à L238-6 C.com., le tribunal pouvant dans plusieurs de ces cas alternativement nommer un mandataire pour effectuer l'acte en cause)<sup>824</sup>.

### **Les actes irréguliers des organes sociaux en droit grec**

A la différence du droit français une fois de plus, le droit grec ne donne pas de solutions unitaires, pour toute forme sociale, en ce qui concerne les actes défectueux des organes sociaux. Pour les sociétés de personnes, le régime des actes défectueux de la collectivité des associés est en principe celui du droit commun de l'acte juridique défectueux (v. supra sur les actes juridiques nuls et annulables du droit grec), à cause du caractère largement contractuel de ces sociétés, avec la particularité qu'il s'agit d'actes juridiques multilatéraux<sup>825</sup>. Toutefois, leur caractère aussi organisationnel aboutit à l'adoption par la doctrine d'une construction analogue à celui des sociétés de fait (v. supra –effets de la nullité seulement pour l'avenir), si la décision défectueuse modifiant les statuts a produit des effets publiquement (notamment entrée d'associé, dissolution de la société)<sup>826</sup>. Pour les

---

<sup>823</sup> V. M. Cozian-A. Viandier-FI. Deboissy, no 1390, notamment sur les causes de nullité de la délibération des assemblées et la non rétroactivité pour ce qui concerne les obligations assumées.

<sup>824</sup> V. Cl. Lefeuvre « Le référé en droit des sociétés », thèse PUAM 2006.

<sup>825</sup> Pour ce régime v. V. Antonopoulos, op. cit., p. 155-156, E. Alexandridou (en grec) « Droit des sociétés commerciales », fasc. 1, « Sociétés de personnes », 2007, 2<sup>éd.</sup> P, N. Rokas op. cit. p. 85, Sp. Psychomanis, in « Droit des sociétés de personnes » (dir. N. Rokas), p. 42 suiv. Comme conséquence du caractère multilatéral de l'acte adoptant la décision, les vices du vote d'un associé quand les décisions sont prises à la majorité n'entachent la décision elle-même que si le vote en cause a contribué à la prise de la décision.

<sup>826</sup> En ce sens S. Psychomanis op. cit. n<sup>o</sup> 76, p. 47, N. Rokas, éd. 2012, p. 136. Selon le Pr. Antonopoulos –op. cit., p. 137- on devrait réputer que plus généralement des décisions contraires à la loi, aux statuts ou annulables produisent pleinement leurs effets à l'égard des tiers de bonne foi. Il est à noter que traditionnellement pour le droit grec les délibérations des sociétés en nom et commandites modifiant les statuts doivent être publiées sous peine de leur nullité, cette dernière étant pourtant



EPE, le droit grec a adopté une solution particulièrement hostile aux nullités, en imposant la prononciation judiciaire de la nullité de la décision de l'assemblée pour opposition à la loi ou aux statuts sur action d'un associé ou d'un gérant exercée seulement dans un bref délai extinctif de 3 mois dès la date de l'assemblée, nullité en plus inopposable aux tiers de bonne foi (15 L3190/1955). Toutefois, la jurisprudence et la doctrine admettent une nullité extra-judiciaire de la décision de l'assemblée – de plein droit, imprescriptible, invoquée par tout intéressé –, si le vice résulte de la violation d'une disposition impérative protégeant l'intérêt général ou les intérêts des tiers<sup>827</sup>. En ce qui concerne les AE, une longue évolution a été parachevée, semble-t-il, avec la réforme de 2007, cette dernière ayant introduit en matière d'actes et délibérations de l'assemblée défectueux des solutions inspirées du droit italien (35a à 35γ L2190/1920), avec adoption d'un dispositif qui n'a pas comme *summa divisio* le caractère de l'acte comme modifiant ou ne modifiant pas les statuts, comme en droit français, mais la nature et gravité du vice atteignant l'acte<sup>828</sup>. De la sorte, selon la

---

inopposable aux tiers –art. 42 EN, toujours en vigueur, cet article étant survivance du Code français de 1807 (v. supra). D'ailleurs, aujourd'hui les modifications des statuts des sociétés de personnes personnifiées sont réputées en droit grec juridiquement effectuées seulement avec leur publicité au Registre général du commerce, cette publicité étant constitutive (15 par.1 L3419/2005) ; pour les autres actes des organes sociaux de ces sociétés devant être publiés car intéressant les tiers et notamment pour la nomination et la cessation des fonctions des dirigeants, la sanction de la non-observation des formalités de publicité prescrites par la loi est leur inopposabilité aux tiers les ignorant- v. N. Rokas, op. cit., p. 127-128. V. ainsi pour les sociétés de capitaux 15 L3410/2005, 7b, 7e L2190/1920, 8a L3190/1955, 63 L4072/2012 (effet constitutif de l'immatriculation au registre des modifications statutaires, inopposabilité par la société aux tiers des autres actes devant être publiés car intéressant les tiers et pour lesquels n'ont pas été achevées les formalités de publicité – immatriculation au registre et publication d'un avis au JO grec- mais aussi inopposabilité des modifications statutaires pour lesquels l'avis au JO n'a pas été publié, sauf dans tous ces cas si la société prouve que les tiers n'ignoraient pas l'acte non normalement publié, inopposabilité par la société du texte de l'avis en cas de désaccord avec le texte du registre, possibilité pour les tiers d'invoquer ces actes non normalement publiés -non des modifications statutaires non immatriculées au registre, qui sont erga omnes inexistantes, à la différence du droit français- mais aussi des tiers d'invoquer le texte de l'avis publié en cas de désaccord entre ce dernier et le texte immatriculé au registre, sauf si la société prouve que le tiers connaissait le texte du registre, inopposabilité par la société des vices dans la nomination des dirigeants aux tiers les ignorant, si la nomination a été normalement publiée, cette dernière solution étant plus conservatrice que celle du droit français, qui ne distingue pas entre tiers).

<sup>827</sup> Sur ce problème de nullité des délibérations des EPE v. « Droit de l'EPE » (dir. E. Perakis) p. 268 suiv., V. Antonopoulos, p. 592-594, N. Rokas op.cit. p. 528-529.

<sup>828</sup> Selon les anciens articles 35a-35b L2190/1920, la sanction en droit commun des sociétés anonymes était pour les délibérations sociales irrégulières la nullité, nullité absolue, de plein-droit (sans décision de justice) mais inopposable par quiconque après l'écoulement de deux ans à partir du dépôt à l'administration grecque d'une copie du procès-verbal de l'assemblée. L'annulabilité - annulation en justice, pouvant être demandée seulement par un cercle restreint de personnes, impérativement dans un bref délai de six mois à partir du même acte que dans le cas de nullité – était prévue pour certains cas de vices de la délibération limitativement énumérés dans l'ancien article 35b.

gravité du vice les atteignant, les actes et les délibérations défectueux de l'assemblée générale de l'AE sont qualifiées d'annulables (en principe pour vice à l'égard de la loi ou des statuts dans la procédure de prise de la décision et les formalités de convocation mais aussi pour non-divulgation des informations demandées conformément à la loi par des actionnaires et pour abus de droit dans la décision -v. infra), nulles (en principe pour vice dans le contenu de la décision par rapport à la loi ou aux statuts, mais aussi en cas d'absence de convocation) ou inexistantes (dans certains cas où il n'y a pas même apparence de délibération de l'assemblée, la « décision » étant prise par des personnes n'ayant pas la qualité d'actionnaire et n'ayant pas le droit de représenter des actionnaires). Le régime des sanctions de ces vices est graduellement plus drastique selon la gravité du vice, en introduisant pourtant généralement un régime plus restrictif que celui du droit français, notamment pour ce qui concerne les délais à agir. Ainsi, les délibérations annulables sont annulées par décision de justice à la suite d'une action devant être exercée dans un délai extinctif très bref de 3 mois courant dès le dépôt du procès-verbal à l'administration ou dès son dépôt pour publicité au registre, exclusivement par un actionnaire possédant au moins deux pour cent du capital absent de l'assemblée ou s'étant opposé à la décision ou par un administrateur. L'annulation agit à l'égard de tous, mais elle n'est pas opposable aux tiers de bonne foi. En plus, des actionnaires n'ayant pas le pourcentage nécessaire pour agir en annulation peuvent selon la loi exiger de la société des dommages-intérêts pour leur dommage résultant de la décision annulable, comme d'ailleurs un tel droit existe au profit de tout actionnaire ayant subi un préjudice même si la décision a été annulée. Les décisions nulles le sont de plein droit à l'égard de tous, leur nullité pouvant être relevée d'office par le juge ; mais le vice est couvert erga omnes si aucun intéressé ne l'invoque dans un délai extinctif d'un an courant dès la même date que dans le cas d'annulabilité, sauf si la décision –modification des statuts rend l'objet social illicite ou s'il en résulte opposition permanente à des dispositions de droit impératif, cas dans lesquels il n'y a pas de délai pour l'invocation de la nullité (cf ci-dessus avec les solutions du droit français en matière de clauses réputées non écrites). On doit admettre –bien que sans fondement exprès dans la loi- que l'invocation ou même la reconnaissance judiciaire de la nullité ne peuvent nuire aux tiers de bonne foi<sup>829</sup>. Les décisions inexistantes le sont de plein droit, sans possibilité de régularisation<sup>830</sup>. Un dispositif similaire a été introduite d'ailleurs pour les

---

Ces dispositions étaient réputées par la doctrine grecque de mauvaise qualité législative et avaient engendré de sérieux problèmes d'interprétation.

<sup>829</sup> V. V. Antonopoulos, op. cit., p. 483.

<sup>830</sup> V. pour plus de détails sur ce dispositif v. V. Antonopoulos, op. cit., p. 474 suiv., E. Perakis, « Le nouveau droit... », p. 24 suiv, N. Rokas, p. 270 suiv. et l'ouvrage de R.

décisions défectueuses des assemblées des IKE -art. 74 L4072/2012 ; mais cette disposition ne reprend pas la prévision expresse sur les décisions inexistantes. Pour ce qui concerne les décisions défectueuses du conseil d'administration des AE, leur sort est laissé par le droit grec au régime du droit commun pour les actes juridiques défectueux<sup>831</sup>. Comme le droit français, le droit grec prévoit un régime spécifique et restrictif pour la nullité des restructurations des sociétés de capitaux (v. art. 77, 86 L2190/1920) : le dispositif grec est grâce à l'harmonisation communautaire largement similaire à celui français –restriction des causes de nullité notamment aux causes d'annulabilité ou de nullité des assemblées et au défaut de la déclaration sur le respect de la procédure sur le droit d'opposition des créanciers, nullité régularisable, prononciation judiciaire de la nullité sur action de tout intéressé devant être exercée dans un bref délai de six mois dès la publicité de la fusion au registre, la décision devant être publiée selon la loi sur les AE, non rétroactivité de la décision sur les obligations nées à la charge ou au profit des sociétés impliquées à la restructuration dès le développement des effets de la restructuration et avant la publicité de la décision ; il y a pourtant certaines différences, notamment que les restructurations entre AE ou en AE son encore soumises en droit grec au contrôle préventif de légalité de l'administration avant publicité au registre (v. supra), l'absence de ce contrôle ainsi que de la publicité elle-même et de la rédaction du contrat de fusion par acte notarié étant causes de nullité de la restructuration. Il est à noter que la fixation d'un rapport inéquitable pour l'échange des actions des sociétés participant à la restructuration était réputée en droit grec une cause de nullité de la restructuration – mais la réforme de 2007 a supprimé cette cause

---

Yovannopoulos « Décisions défectueuses des organes de l'AE. I - Aspects de l'annulabilité », éd. Nomiki Vivliothiki 2012. Sur le régime antérieur v. (en grec) L. Kotsiris « Délibérations inexistantes et nulles des organes de l'AE » (consultation), EEmpD 1997, p. 842 suiv., S. Kintis in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 4, p. 225 suiv. L'art. 35a prévoit expressément que les vices dans la présence de certaines personnes ou d'un vote donné dans l'assemblée ne sont pas des causes d'annulabilité, sauf si la présence en cause a été nécessaire pour le quorum ou la majorité obtenus ou si le vote en cause a été nécessaire pour la formation de la majorité. Est aussi exclue comme cause d'annulabilité le vice dans la décision du conseil convoquant l'assemblée, sauf s'il en résulte des défauts dans l'information des actionnaires. L'art. 36a définit restrictivement l'absence de convocation comme cause de nullité et prévoit en plus que perd le droit d'invoquer la nullité pour absence de convocation l'actionnaire qui a par la suite par écrit ou déclaration dans le procès-verbal reconnu la légalité de la réunion de l'assemblée. V. en plus supra sur les assemblées universelles couvrant le vice de la convocation en droit grec.

<sup>831</sup> V. N. Rokas op.cit., p. 310 suiv. Est en principe cause de nullité toute violation par la prise de la décision des dispositions procédurales la concernant et par la décision elle-même de la loi ou des bonnes mœurs. Mais le défaut d'un vote n'est cause de nullité que si le vote en cause était nécessaire pour la prise de la décision. L'incertitude la plus importante concerne le sort des décisions du conseil constituant abus de droit, à savoir prises manifestement contre l'intérêt social, une partie de la doctrine doutant sur le droit de chaque actionnaire d'agir en la reconnaissance de la nullité, sur le fondement de l'exclusion des actionnaires de la gestion de l'AE.

de nullité, en introduisant un dispositif alternatif de protection des actionnaires lésés<sup>832</sup>. Globalement, on doit conclure que les montages utilisant les restructurations sociétaires sont en droit grec, comme en droit français, largement consolidés face aux dangers résultant de leurs défauts.

### **L'acte irrégulier à cause d'abus de majorité, l'abus de minorité et les montages**

Un point important de convergence entre les deux droits de sociétés sous comparaison- celui français et celui grec – est le rôle important que joue aujourd'hui dans l'appréciation de la défectuosité des actes et délibérations des organes sociaux l'abus de droit – notamment celui de majorité. Ainsi, le vice de la décision peut ne pas consister seulement à l'opposition de son contenu à une disposition impérative particulière (ou aux bonnes mœurs, selon le sens que le droit grec leur donne –v. supra), mais il peut consister aussi à une utilisation du pouvoir dans la société au-delà des limites que posent les finalités dans lesquelles le droit reconnaît et organise ce pouvoir (v. supra pour l'abus de droit en général dans les deux droits sous comparaison). L'abus de droit permet de la sorte une meilleure prise en compte de la possibilité de divergence des intérêts au sein de la société – notamment entre majoritaires et minoritaires - et aboutit ainsi à une meilleure protection des finalités que le pouvoir au sein de la société doit servir. Il permet aussi de censurer des agissements allant à l'encontre de ces finalités même en dehors de la violation des dispositions expresses du droit des sociétés, pouvant ainsi constituer un facteur majeur d'ordre public sociétaire dans le contrôle des montages utilisant des délibérations des organes sociaux (v. supra sur la relation de la notion d'abus de droit avec l'ordre public dans les deux droits sous comparaison)<sup>833</sup>. Mais l'abus de droit se présente comme l'exception, les associés étant en principe libres d'exercer leurs droits politiques comme il leur paraît bon, sauf en cas de conflit incontestable de cet exercice avec les finalités pour lesquelles le droit reconnaît les droits politiques au sein de la société.

En droit français, l'exercice du pouvoir majoritaire au sein des sociétés – notamment celles de capitaux – est contrôlé par la notion d'abus de majorité – notion spécifique au droit des sociétés, sans fondement légal exprès, création jurisprudentielle déjà

---

<sup>832</sup> V. sur les nullités de restructuration en droit grec V. Antonopoulos, p. 110 suiv.. Selon l'art. 77a L2190/1920, l'actionnaire lésé par le rapport d'échange a un droit d'exiger de la société bénéficiaire de la fusion indemnisation en numéraire dans un délai de six mois dès la publicité de la fusion au registre, avec droit de la société de racheter par acte unilatéral les actions de l'actionnaire exerçant ce droit. Selon l'art. 86 par. 4, l'art. 77a est analogiquement applicable en cas de scission.

<sup>833</sup> Sur l'abus de droit et les montages v. J-Ph. Dom, op.cit., n°633 suiv, D.Poracchia, op.cit., n°595 suiv.

avant la loi de 1966 sur les sociétés commerciales<sup>834</sup>. La jurisprudence française définit l'abus de majorité comme consistant à une décision de la majorité prise contrairement à l'intérêt social, dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité, au détriment des minoritaires<sup>835</sup>. Il en résulte que, selon cette conception, l'abus de majorité consiste à une rupture d'égalité entre associés ou actionnaires non justifiée par l'intérêt social et, plus profondément, à une violation des éléments essentiels de la société et de l'ordre public sociétaire que constituent pour le droit français l'affectio societatis et l'intérêt commun des associés<sup>836</sup>. Il s'agit d'une conception plutôt influencée par la conception contractuelle de la société, qui ne semble pas prendre pleinement en compte l'intérêt de l'entreprise dont la société est la structure de financement et de gouvernance, bien qu'elle renvoie à la notion d'intérêt social et aux débats le concernant (v. supra) et puisse aboutir indirectement à la protection de l'entreprise contre certains agissements des majoritaires<sup>837</sup>. Symétriquement à l'abus de majorité, la jurisprudence française reconnaît la possibilité d'abus de minorité, car la minorité peut avoir le pouvoir de bloquer des décisions sociales (comme d'ailleurs elle reconnaît la possibilité d'abus d'égalité). L'abus de minorité est défini comme le blocage par la minorité d'une opération essentielle à la société dans l'unique dessein des minoritaires de favoriser leurs propres intérêts au détriment des autres associés. L'exigence de ces deux critères est cumulative et la jurisprudence retient l'abus de minorité à titre exceptionnel, seulement quand la survie de la société –et donc de l'entreprise - est en cause<sup>838</sup>. En ce qui concerne la sanction de l'abus, l'abus de majorité est une cause de nullité de la délibération abusive (v. supra sur le régime des nullités des délibérations sociales et v. infra sur la

---

<sup>834</sup> Sur l'abus de droit en droit français des sociétés v. les ouvrages de M.Cozian-A.Viandier-Fl.Deboissy n° 356 suiv, P.Didier, t.2, p. 321 suiv, M.Germain-V.Magnier n°1327, 1586, 1596, 1894, Ph. Merle n°578 suiv. et J-P Sortais « Abus de droit (majorité, minorité, égalité) », Répertoire de droit des sociétés Dalloz. Sur le problème du caractère d'ordre public de la limite de l'abus de droit en droit français v. supra.

<sup>835</sup> Jurisprudence constante depuis C.Cass. Ch.Com. 18 avril 1961, D1961, 661. V. aussi par exemple de la même juridiction 6 juin 1990, Bull. Joly 1990, 782 note P. Le Cannu, 22 janvier 1991 Bull. Joly 1991, 389, 21 janvier 1997, Bull. Joly 1997, 312 note P. Le Cannu.

<sup>836</sup> Sur l'abus de majorité et l'affectio societatis v. Y.Guyon-N.Reboul « Affectio societatis » J.Cl. Sociétés, n°75.

<sup>837</sup> V. pour cette conception plutôt restrictive le fameux à son époque arrêt Saupiquet-Cassegrain de la Chambre commerciale de la Cour de cassation JCP 1969 II, 16122, cassant l'arrêt de la CA de Rennes ayant retenu comme critère de l'abus la mise en cause de l'existence, de l'autonomie et de la prospérité de l'entreprise.

<sup>838</sup> Sur la définition de l'abus de minorité v. A.Constantin « La tyrannie des faibles – De l'abus de minorité en droit des sociétés » in Mélanges Y.Guyon, Dalloz 2003, p. 213 et dans la jurisprudence par exemple C.cass. Ch. com. 15 juillet 1992, D. 1993, 279, note Le Diascorn sur une proposition de recours à la technique de la pesée des intérêts impliqués comme critère d'appréciation de l'existence de l'abus v.

responsabilité délictuelle des majoritaires). En liant l'abus de majorité à l'ordre public davantage que pour ce qui concerne l'abus de droit du droit commun, une partie de la jurisprudence et la doctrine française acceptent qu'il s'agit d'une nullité absolue, avec comme conséquence que même des actionnaires ayant voté pour la décision peuvent agir en sa nullité, comme d'ailleurs la SA elle-même par son président<sup>839</sup>. Problème a posé la sanction de l'abus de minorité – en dehors bien sûr de la responsabilité civile des minoritaires. Les tribunaux français se reconnaissent aujourd'hui un pouvoir de nommer à la demande des autres associés un mandataire ad hoc pour voter au lieu des minoritaires et concourir à la prise de la décision bloquée nécessaire à la vie sociale – intervention qu'on pourrait qualifier d'atteinte certaine au droit propre des minoritaires de participer à la gestion de la société comme ils l'entendent, justifiée par leur comportement abusif et par le besoin de sauvegarder l'intérêt de l'entreprise<sup>840</sup>. En tout cas, la jurisprudence française se refuse un droit de regard sur l'opportunité de l'exercice des droits politiques des associés et sur la gestion de la société quand elle contrôle l'existence d'un éventuel abus.

En droit grec, le pouvoir majoritaire et l'exercice des prérogatives politiques des associés sont contrôlés sur le fondement de l'abus de droit du droit commun de l'art. 281 AK, disposition, comme nous l'avons vu, de portée générale, d'importance capitale et de nature impérative du droit grec ; toutefois, le régime des sanctions de cet abus présente aujourd'hui des différences d'un type social à l'autre. L'abus de droit est d'abord utilisé comme limite du pouvoir majoritaire pour celles des sociétés de personnes dans lesquelles il y a introduction statutaire du principe majoritaire et il peut aboutir à la nullité de la délibération constituant un abus de majorité (nullité en principe du droit commun grec – v. supra)<sup>841</sup>. D'autre part, malgré l'existence d'une tradition regardant de manière trop individualiste l'exercice des droits politiques de l'actionnaire, la doctrine grecque moderne considère que l'abus de droit trouve à s'appliquer a fortiori dans les sociétés de capitaux, car elle tend à voir le pouvoir majoritaire dans ces sociétés comme devant s'exercer non

---

<sup>839</sup> Ainsi CA Paris 8 août 1982, BRDA 1982/12, p. 21, M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy no 384, Memento Francis Lefebvre sur le groupe de sociétés, no 2977. Contra, semble-t-il, Ch. com. C.cass. 4 mai 1993, Bull. Joly 1993, p. 754, note PLC.

<sup>840</sup> Solution constante depuis C.cass. Ch. com. 9 mars 1993 (arrêt Flandin), Rev. soc. 1993, p. 403 note Ph. Merle. Durant une certaine période avait été proposée comme sanction la prise de la décision sociale bloquée par les juges eux-mêmes – mais cette solution a finalement été écartée comme constituant une intervention trop brutale dans la vie sociale.

<sup>841</sup> Sur l'abus de majorité en droit grec des sociétés de personnes, v. M-Th. Marinos in « Droit des sociétés de personnes » (dir. N.Rokas), p. 78-79. Selon cet auteur, c'est par le recours à l'obligation de loyauté des majoritaires à l'égard des minoritaires que sont protégés d'abord les minoritaires (v. supra sur l'obligation de loyauté dans les sociétés de personnes), tandis que recours à l'abus de droit dans l'exercice du pouvoir majoritaire existe seulement dans des cas extrêmes.

seulement dans l'intérêt de son possesseur, mais aussi dans l'intérêt de la société et des actionnaires pris comme collectivité ou même selon un éminent auteur comme "droit fonctionnel" ou « institution », à savoir un droit subjectif reconnu par l'ordre juridique dans le but non de la poursuite des seuls intérêts de son titulaire, mais aussi de ceux de la collectivité dans lequel ce dernier appartient<sup>842</sup>. Un exercice du pouvoir majoritaire au sein de la société anonyme allant contre l'intérêt de cette dernière serait contraire à la finalité dans laquelle la loi reconnaît les droits politiques des actionnaires dans la société mais aussi contraire à la bonne foi et éventuellement aux bonnes mœurs (v. supra sur les critères de l'abus de droit dans l'art. 281 AK) – mais le dépassement de ces limites doit pour fonder l'abus de droit être manifeste, pour des raisons de sécurité juridique et pour éviter une intervention trop grande dans l'autonomie privée<sup>843</sup>. La jurisprudence grecque était très hésitante dans le passé quant au contrôle du pouvoir majoritaire dans les AE par la notion d'abus de droit, inspirée d'une conception individualiste et soucieuse de ne pas s'immiscer dans la gestion des sociétés. Les dernières décennies cette tendance a toutefois changé et la jurisprudence grecque contrôle la licéité des décisions des délibérations sociales dans les AE sur le fondement du critère de l'abus de majorité<sup>844</sup>. Aujourd'hui, une partie de la doctrine grecque spécifie l'abus de majorité dans la prise de décisions par les assemblées générales comme des décisions dont le contenu est contraire aux intérêts de la société, ou par le biais desquelles est portée atteinte aux intérêts légitimes des minoritaires sans raison suffisante, ou par le biais desquelles est portée atteinte au principe d'égal traitement des actionnaires<sup>845</sup> ; il s'agit d'une définition plus large que celle donnée en France, on ne doit pourtant pas oublier que l'intérêt de la société est compris comme l'intérêt commun des actionnaires, auquel la majorité ne doit pas porter atteinte en poursuivant son intérêt personnel, et que l'abus doit être manifeste, au-delà du doute raisonnable. Selon un autre

---

<sup>842</sup> V. N. Rokas (en grec) « Les limites du pouvoir de la majorité dans le droit des sociétés anonymes », Athènes 2001, notamment p. 146-193, avec la considération que le droit de vote de l'actionnaire, tout en étant en principe libre et pouvant être exercé dans son intérêt personnel, ne peut pas être exercé de manière portant atteinte à l'intérêt commun des actionnaires, L.Kotsiris (en grec) « Le pouvoir majoritaire dans l'AE sous le contrôle de l'abus », consultation, E.Emp. D. 2005, p.166, avec la considération que le pouvoir majoritaire a un droit fonctionnel. V. aussi N. Rokas, manuel précité, p. 369, selon qui l'actionnaire ne peut pas exercer ses droits politiques au sein de la société en tenant compte seulement de son intérêt personnel au prix d'un préjudice manifeste en résultant pour la société et les autres actionnaires et il ne peut pas exploiter son influence dans la société dans le but de l'adoption de mesures nuisibles pour la société et les autres actionnaires.

<sup>843</sup> Sur les critères de l'art. 281 AK dans le contrôle du pouvoir majoritaire au sein des AE v. N. Rokas, « Les limites... », monographie précitée, p. 154 suiv.

<sup>844</sup> V. par exemple Areios Pagos 832/1976, E.EmpD 1977, P. 251, Eph. (CA) de la Crète 132/1978, E.Emp. D. 1978 p. 407, consultation N. et K. Rokas, Eph. (CA) Athènes 7119/2004, E.Emp.D. 2004 p. 54, avec consultation de N.Rokas.

<sup>845</sup> N. Rokas, manuel précité, p. 273.

point de vue, critère plus spécifique de l'abus dans la décision est le caractère excessif de l'intervention de la majorité dans la sphère de la minorité, intervention appréciée selon les critères des principes de nécessité de la décision et de sa proportionnalité<sup>846</sup>. Serait ainsi abusive une décision de l'assemblée de l'AE servant non l'intérêt social mais les seuls intérêts des majoritaires et réalisant une rupture d'égalité entre majoritaires et minoritaires – conception qui ressemble beaucoup à celle française sur l'abus de majorité. La question s'est posée les dernières années dans la jurisprudence et la doctrine grecques de la prise éventuelle en compte pour apprécier l'abus de majorité dans les AE de la violation de la part des majoritaires par le biais de décisions de l'assemblée générale des pactes extra-statutaires les engageant à l'égard des minoritaires – reconnaissance de l'importance des constructions contractuelles et des montages en droit des sociétés (v. infra, Partie II sur le débat) ; ainsi, et dans le cadre des mêmes montages, une partie de la jurisprudence grecque a accepté la possibilité d'un abus de majorité visant à frauder les droits des minoritaires découlant de pactes engageant l'ensemble des actionnaires, un abus qui rendrait défectueuse et nulle selon le régime des sanctions en vigueur à cette période comme abusive la décision même de l'assemblée de révocation du conseil d'administration ; cette possibilité de nullité des décisions de révocation des administrateurs pour abus de majorité ne semble pas exister en droit français, où le principe de révocabilité ad nutum est interprété traditionnellement comme offrant un droit absolu et discrétionnaire de révocation à l'assemblée (c'est autre chose le tempérament de ce caractère par la reconnaissance de la responsabilité civile éventuelle du majoritaire reconnue par la jurisprudence et la doctrine françaises pour révocation abusive du dirigeant, à savoir dans des conditions attentatoires à la personnalité de ce dernier, ou sans respect du principe du contradictoire), et même là où il y a révocabilité pour juste motif (v. supra) il n'y a pas de droit de réintégration du dirigeant révoqué sans un tel motif (v. sur l'impact des pactes extrastatutaires, notamment de ceux entre l'ensemble des actionnaires, sur les actes des organes sociaux, notamment pour ce qui concerne l'abus de majorité, infra, Partie II)<sup>847</sup>. L'abus de majorité était réputé avoir comme sanction dans les AE la nullité de la délibération en cause (v. supra sur le sens de la

---

<sup>846</sup> L.Kotsiris, op.cit., p. 168, avec des références aux théories développées en Allemagne (théorie dite de contrôle à double échelle et théorie dite du contrôle unique) pour contrôler le pouvoir majoritaire dans la société.

<sup>847</sup> V. par exemple M.Prot (TI) d'Athènes 5079/2002, E.Emp.D 2002, p. 572, P.Prot. (TGI) d'Athènes 556/2003, E.Emp.D 2003 p. 831, Areios Pagos 1121/2006, E.Emp.D. 2006 p. 836. Sur la révocation des dirigeants par les majoritaires constituant abus de droit en droit français v. Ph. Merle op. cit, no 386 et supra.



nullité en droit grec des AE et son évolution historique)<sup>848</sup>. Toutefois, la réforme du droit grec des AE en 2007 a opté pour l'introduction d'un dispositif inspiré du droit italien et, tout en reconnaissant expressément la possibilité d'abus de majorité dans les décisions des assemblées des sociétés anonymes, avec renvoi aux critères de l'art. 281 AK, elle a rendu l'abus cause seulement d'annulabilité de la décision sociale (v. supra sur le sens et le régime de l'annulabilité, notamment la reconnaissance du droit à agir en annulation à un actionnaire possédant le pourcentage minimum de deux pour cent du capital et étant absent de l'assemblée ou s'étant opposé à la décision, avec reconnaissance d'un droit d'indemnisation à l'égard de la société pour tout actionnaire ne pouvant agir en annulabilité à cause de défaut du pourcentage minimum d'actions pour son dommage personnel ayant résulter de la décision constituant abus de majorité, ainsi que le droit de tout administrateur d'agir en annulation, et le bref délai pour agir de trois mois dès le dépôt du procès verbal de l'assemblée à l'autorité de surveillance ou de son publicité au registre, si la décision doit être publiée – nouvel art. 35a L2190/1920)<sup>849</sup>. Cette réforme a été inspirée par le souci légitime de garantir la sécurité juridique en matière de délibérations sociales, mais elle n'est pas conforme au rôle majeur que joue comme limite de l'autonomie privée l'abus de droit en droit grec et affaiblit peut-être trop le rôle d'un mécanisme régulateur très important en droit des sociétés (il est d'ailleurs curieux de ranger l'abus de majorité avec les violations de l'impératif procédural que sont dans la plupart les causes d'annulabilité des décisions des assemblées des AE, tandis que l'abus de droit est par excellence en droit grec une violation d'une disposition de fond, de telles violations effectués par des décisions des assemblées étant normalement sanctionnées par la nullité de la décision – v. supra sur les différences entre nullité et annulabilité des décisions des assemblées des AE après la réforme de 2007). D'autre part, l'abus de majorité est expressément reconnu par la nouvelle rédaction

---

<sup>848</sup> V. N. Rokas, monographie précitée, p. 177 suiv., soutenant que le vice résultant de l'abus de droit frapperait non la décision de l'assemblée elle-même directement, parce que la volonté de la personne morale de la société est distincte de celle des actionnaires, mais le vote du majoritaire, qui de la sorte était nul sur le fondement des art. 281 et 174 AK, cette nullité emportant nullité de la délibération elle-même pour défaut de la majorité exigée par la loi ou les statuts. Comp. L. Kotsiris, consultation précitée, considérant l'art. 281 AK comme critère de contrôle des décisions des assemblées elles-mêmes comme expression du pouvoir majoritaire, l'abus de droit fondant, comme violation de la prohibition de l'art. 281 AK, la nullité de la décision constitutive d'abus de majorité selon l'art. 174 AK, prévoyant la nullité des actes juridiques contraires à une disposition prohibitive de la loi. La jurisprudence grecque préférerait elle-aussi de considérer nulles les décisions des assemblées constituant abus de majorité sur le fondement de leur opposition à la loi.

<sup>849</sup> V. sur cette réforme E. Perakis « Le nouveau droit... », p. 24. Comp. pour ce qui concerne le droit d'agir N. Rokas, monographie précitée, p. 194, reconnaissant sous le droit antérieur un intérêt à agir contre la décision prise en abus de majorité même à des actionnaires qui avaient voté pour cette décision.

de la loi comme fondement d'une action en dommages-intérêts contre la société pour tout actionnaire en cas de prononciation de l'annulation pour son dommage personnel résultant de l'abus dans la décision annulée. Symétriquement à l'abus de majorité, se pose, comme en droit français, la question de l'abus de minorité, au sens du blocage par les minoritaires dans l'assemblée de mesures absolument nécessaires pour l'intérêt social et notamment pour la survie de la société ; on doit accepter que de tels comportements peuvent être sanctionnés sur le fondement de l'art. 281 AK, mais la modalité de la sanction est incertaine, un pouvoir des juges de nommer un mandataire pour voter au lieu des minoritaires la décision litigieuse, comme celui créé par la jurisprudence en droit français, n'étant pas reconnu en droit grec des sociétés<sup>850</sup>.

Nous pouvons constater de cette comparaison que les opinions dominantes en France et en Grèce voient principalement l'abus de droit au sein des sociétés sous l'angle des relations entre associés. Pourtant, de lege ferenda, si l'on adopte la théorie de l'entreprise, le point de vue que les sociétés sont des formes juridiques des entreprises et d'organisation

---

<sup>850</sup> L'exercice des droits des actionnaires minoritaires est plus généralement susceptible de contrôle sur le fondement de l'art. 281 AK. V. ainsi pour des cas d'une acceptation de principe par la jurisprudence de contrôle d'un exercice abusif du droit des minoritaires d'exiger la convocation de l'assemblée générale p. ex. M. Prot. (TI) de Cozani 360/1972, EEmpD 1975, p. 437, Mon. Prot. d'Iraclion 414/2001, E.Emp.D. 2002, p. 81. V. aussi N. Rokas, manuel précité, p. 367, avec renvoi à l'obligation éventuelle des minoritaires de coopérer dans la prise de mesures nécessaires pour la survie de la société et exigeant des quorums et majorités renforcés, ainsi que G. Triantafyllakis, monographie précitée, not. p. 305 suiv., N. Tellis (en grec) « Obligation de loyauté de l'actionnaire et notamment de celui minoritaire », Episk. E.D. 2002, p. 907 suiv.. Une partie de la doctrine grecque – inspirée sur cette question par la doctrine et la jurisprudence allemandes- préfère de fonder les sanctions d'un comportement de blocage du minoritaire contraire à l'intérêt social sur l'obligation de loyauté de ce dernier à l'égard de la société et des autres actionnaires ; pourtant, ce qui est envisagé comme sanctionnable sur ce fondement consiste à des comportements extrêmes, similaires à ceux dans l'abus de minorité du droit français, et de la sorte il ne semble pas exister de différence pratique par rapport au recours à l'abus de droit en la matière –v. aussi N. Rokas, op. cit., p. 367, soulignant que l'art. 281 AK –adapté à la particularité et les engagements inhérents créés dans chaque coopération sociétaire- suffit pour fonder une obligation d'omission d'exercice abusif des droits des actionnaires. Ce qui est sûr pour la doctrine est qu'un tel comportement engagerait la responsabilité civile du minoritaire à l'égard de la société. Est soutenue aussi (mais sous le régime antérieur des nullités des délibérations des assemblées) la possibilité d'agir en reconnaissance de la nullité de la décision rejetant un projet d'assainissement, si le rejet a été fondé sur des votes contraires à l'obligation de loyauté, ces votes étant réputés nuls, mais aussi la possibilité d'une action en condamnation des actionnaires récalcitrants à coopérer à l'assainissement sur le fondement de l'art. 949 Code de proc.civ. grec, si leur coopération est nécessaire pour la prise de la décision. Il est toutefois à noter que le nouveau droit grec des faillites a prévu que dans le cas de refus de la part de certains actionnaires ou associés d'une AE ou EPE de voter le plan d'assainissement à l'issue de la procédure préventive d'assainissement (v. supra), si le refus constitue un abus de droit, notamment par rapport aux droits des créanciers, le tribunal jugeant selon la procédure de référé a le pouvoir de nommer un mandataire pour exercer les droits de vote des actionnaires ou associés en cause au lieu d'eux-mêmes (art. 106 Γ du Code des faillites), solution similaire à celle du droit français en matière d'abus de minorité.

juridique du pouvoir et de la gouvernance privée économiques ainsi que la conception pluraliste sur l'intérêt social, les critères et les titulaires d'agir en abus de droit en droit des sociétés devraient être élargis ; cela pourrait se faire par une prise en compte expresse de l'opposition manifeste de la décision à l'intérêt de l'entreprise comme critère de l'abus indépendamment des relations entre majorité et minorité et par l'ouverture de l'action en prononciation d'un tel abus aux autres parties prenantes de l'entreprise et notamment aux salariés (v. supra sur le débat quant aux finalités que doit suivre le pouvoir au sein des sociétés, débat ayant naturellement sa repercussion en matière d'abus de droit) ; mais l'acceptation de ce point de vue nécessiterait un véritable changement de paradigme pour ce qui concerne le droit des sociétés, d'autant plus que ce dernier se trouve aujourd'hui sous l'influence dominante de la théorie moniste de la shareholder value<sup>851</sup>. Il est aussi à noter qu'une partie de la doctrine grecque croit qu'on pourrait effectuer un contrôle plus large des décisions de la majorité dans les AE que celui qui est fait par le biais de l'abus de droit de l'art. 281 AK, en ayant recours à l'obligation de loyauté des actionnaires et notamment de l'actionnaire dominant à l'égard de la société et de l'entreprise que cette dernière exprime juridiquement, obligation de loyauté existant au prolongement du principe général de bonne foi, indépendamment des relations entre majoritaires et minoritaires ; une décision de l'assemblée fondée sur des votes violant cette obligation de loyauté, contrairement à l'art. 288 AK consacrant la bonne foi comme principe fondamental du droit privé grec et par conséquent nuls serait elle-même nulle<sup>852</sup>. Ce point de vue fait un pas décisif vers la reconnaissance de l'intérêt de l'entreprise comme critère de contrôle des décisions des

---

<sup>851</sup> V. pour la prise en compte de l'intérêt de l'entreprise l'affaire Fruheauf (v. l'arrêt précité de CA Paris) et G.Triantafyllakis, monographie précitée sur l'intérêt social, p. 304 suiv. – sur le fondement toutefois de l'obligation de loyauté de l'actionnaire à l'égard de l'entreprise sociétaire. La multiplication des sociétés unipersonnelles en droit ou en fait – notamment dans le cadre des groupes de sociétés – rend encore plus nécessaire cette extension de l'application de la notion d'abus.

<sup>852</sup> V. ainsi G. Triantafyllakis « L'intérêt de l'entreprise... », monographie précitée, p. 293 suiv. Selon le Pr. Triantafyllakis, le recours à l'obligation de loyauté – définie comme l'obligation des actionnaires de promouvoir le but social et de s'abstenir de toute action pouvant nuire la société, obligation fondée sur l'art. 741 AK, disposition vue comme de portée générale pour toutes les sociétés – permet de censurer des décisions adoptées par les majoritaires et contrairement à l'intérêt social sans exigence d'une opposition excessive de la décision à cet intérêt, comme c'est le cas avec l'abus de droit. En plus, selon cet auteur, la sanction d'une décision contraire à l'obligation de loyauté des majoritaires serait sa nullité pour opposition à l'art. 288 AK sur l'obligation de bonne foi combiné avec l'art. 35a (aujourd'hui 35b) L2190/1920, une nullité absolue que tout intéressé peut invoquer. Mais pour cet auteur la nullité de la décision de l'assemblée ayant adopté des mesures en violation de l'obligation de loyauté est elle-même une sanction inefficace – op. cit., p. 305. V. pourtant N. Rokas, op. cit., p. 366-368, selon qui prohibition de l'abus de droit de l'actionnaire et l'obligation de loyauté – fondée sur l'art. 741 AK – semblent être des notions apparentées mais distinctes, la première concernant l'exercice des droits de l'actionnaire dans la société, la seconde concernant plus généralement l'exercice de l'influence de l'actionnaire dans la société et notamment sur sa direction.

organes des sociétés anonymes indépendamment des relations entre majoritaires et minoritaires, nous croyons pourtant que ce serait préférable d'aborder la question des vices des assemblées des actionnaires pour opposition à l'intérêt de l'entreprise sous l'angle de l'abus de droit, comme cette notion est en droit grec plus adaptée pour effectuer un contrôle de l'exercice d'un pouvoir (dans notre cas du pouvoir majoritaire) par rapport aux finalités pour lesquelles la loi reconnaît ce pouvoir<sup>853</sup>.

## **B. Les responsabilités de droit privé**

### **Pouvoir, responsabilité, ordre public et montages en droit des sociétés**

Corollaire nécessaire d'un pouvoir doit toujours être la responsabilité de celui qui le détient. Le droit des sociétés – lieu par excellence d'organisation du pouvoir privé économique – est aussi par excellence le lieu où se pose avec plus d'acuité le problème de la responsabilité des détenteurs de ce pouvoir – surtout dirigeants, mais aussi dans une large mesure associés, d'abord sous la forme de la responsabilité civile. Les régimes de responsabilité en droit des sociétés dans les deux pays sous comparaison – régimes eux-mêmes largement d'ordre public – sont bien sûr des contraintes principales pour les promoteurs des différents montages sociétaires ; en sens inverse, certains montages sociétaires visent essentiellement à dissocier artificiellement le lien qui existe impérativement entre pouvoir et responsabilité en droit des sociétés.

La question de la responsabilité des dirigeants sociaux est plus généralement cruciale pour le droit des sociétés. Le régime de la responsabilité civile des dirigeants non seulement sanctionne les violations de leur part des prescriptions de l'ordre public sociétaire, mais il peut aussi introduire indirectement des standards de gestion, ces derniers participant ainsi de l'ordre public sociétaire pris dans un sens large. D'ailleurs, cette question de la responsabilité civile des dirigeants pour fautes de gestion est des plus subtiles en droit des sociétés : d'une part, l'incertitude et la prise de risque sont inhérentes dans la vie des affaires, les jugements a posteriori étant souvent faciles et injustes ; d'autre part, on ne peut pas tolérer l'impunité en cas de gestion irresponsable, aveugle, aventurière ou malhonnête (y compris par le biais de montages juridico-économiques téméraires), notamment si son

---

<sup>853</sup> V. L. Kotsiris, consultation précitée, p. 168, soutenant qu'il n'est pas besoin de recourir pour contrôler l'exercice du pouvoir majoritaire à l'obligation de loyauté du majoritaire, même si abus de majorité et violation de l'obligation de loyauté peuvent relever des mêmes faits, le fondement juridique du contrôle des décisions de la majorité se trouvant à l'abus du pouvoir majoritaire comme droit fonctionnel ou institution selon l'art. 281 AK – v. ci-dessus sur la conception du Pr. Kotsiris sur l'abus du pouvoir majoritaire dans les relations majoritaires- minoritaires.

coût est payé exclusivement par d'autres (le dirigeant peut n'avoir qu'un pourcentage minimale de participation dans la société et être couvert par des généreuses indemnités de départ ou le dirigeant réel de la société peut être différent de celui formel)<sup>854</sup>.

### **La responsabilité des dirigeants en droit français**

En ce qui concerne le droit français, on peut dire que ce dernier adopte une distinction en matière de responsabilité civile des dirigeants suivant la situation de la société comme in bonis ou dans une procédure collective<sup>855</sup>. Pour le droit français des sociétés de capitaux, les dirigeants (pour les SA administrateurs, directeur général, membres du directoire) engagent leur responsabilité, individuelle ou solidaire selon le cas, à l'égard de la société, mais aussi à l'égard des tiers, outre dispositions spéciales, dans trois cas (L223-22 suiv., L225-251 suiv. C.com.) : violation de leur part des dispositions légales ou réglementaires (donc principalement de celles impératives) applicables à ces sociétés, violations des statuts mais aussi faute de gestion (ces causes de responsabilité valant aussi par analogie pour les sociétés de personnes, à défaut de disposition expresse les concernant)<sup>856</sup>. La preuve de la faute, ainsi que du préjudice, incombe au demandeur ; pourtant, selon la jurisprudence française, une fois le caractère fautif d'une décision du conseil d'administration ou du directoire établi, une présomption simple de faute individuelle pèse sur tout administrateur ou membre du directoire qui a participé à la prise de la décision soit par son action, soit par son abstention, sauf à démontrer qu'il s'est comporté en administrateur diligent et prudent, « notamment », selon le terme utilisé par la Cour de cassation, en s'opposant à cette décision<sup>857</sup>. Les statuts et les assemblées ne peuvent dispenser les dirigeants d'aucune société de leur responsabilité, même en aval, une fois le

---

<sup>854</sup> Sur le problème du risque en matière de gestion des entreprises v. M. Storck « Le risque- 10 ans après l'affaire Enron », rapport de synthèse, JCP E 2012, p. 1393, L. Athanassiou, monographie précitée sur les actionnaires et la surveillance sociétaire, p. 93 suiv.

<sup>855</sup> Sur ce régime v. M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy n° 266 suiv. 579 suiv., P. Didier t. 2, p. 252 suiv., B. Le Bars « Responsabilité civile des dirigeants sociaux », Répertoire de droit des sociétés Dalloz. V. plus généralement sur le progrès des sanctions civiles – notamment des responsabilités – en droit des sociétés au détriment d'autres formes de sanctions M. Azavant « La sanction civile en droit des sociétés ou l'apport du droit commun au droit spécial ». Rev. sociétés 2003, p. 442.

<sup>856</sup> Pour un cas de dispositif spécial de responsabilité des dirigeants v. supra sur la responsabilité en cas de nullité de la société. La responsabilité des dirigeants pour nullité d'une délibération (art. 1844-17 C. civ., L235-13 C. com.) peut être fondée sur la violation de leur part d'une disposition légale ou réglementaire – v. M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy, no 429.

<sup>857</sup> Ch. Com. C. cass. 3 mars 2010, JCP E 2010, 1416, note A. Couret, avec les développements de cet auteur sur le sens du terme "notamment" et les comportements pouvant fonctionner comme exonérateurs pour le dirigeant (un vote contre la décision en cause ou même la démission peuvent ne pas suffire toujours pour exonérer le membre de l'organe collectif de sa responsabilité).

préjudice à la société produit (art. 1843-5 al. 2,3, L223-22 al. 5, L225-253 al. 2 C.com) , dispositions d'ordre public d'importance particulière, preuve de ce qu'en droit français les sociétés ne sont pas vues comme servant exclusivement les intérêts des associés, mais qu'elles sont dans une certaine mesure réputées exprimer une entité plus large, à savoir l'entreprise<sup>858</sup>. D'autre part, le régime de prescription est plus favorable pour les dirigeants des sociétés de capitaux qu'en droit commun (L223-23, L225-254 C.com.)<sup>859</sup>. En plus, les associés ont un droit d'ordre public sociétaire dans toute forme sociale d'agir en justice contre les dirigeants en demandant des dommages-intérêts au nom et pour le compte de la société, en cas de carence des organes sociaux, arme importante à la disposition des minoritaires (action sociale ut singuli, 1844 C.civ., L223-23 al. 3, L225-52 a, L225-53 C. com.)<sup>860</sup>. Point important, malgré le texte de la loi la jurisprudence française exclut largement la responsabilité des dirigeants sociaux à l'égard des tiers lorsque la société est in bonis, sauf faute « détachable » de leurs fonctions, définie dans l'étape actuelle de la jurisprudence comme faute commise intentionnellement et d'une particulière gravité la rendant incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales<sup>861</sup>. Quand la société est en liquidation judiciaire et l'actif social est insuffisant, les dirigeants de toute forme sociale personnifiée, dirigeants de droit ou de fait (cette notion de dirigeant de fait devenant particulièrement importante dans le cadre de certains montages, notamment celui « structurel » du groupe de sociétés) ayant commis des fautes de gestion qui ont aggravé le passif de la société, peuvent se voir engager leur responsabilité –pouvant être prononcée solidaire par décision motivée du tribunal- pour le comblement du passif (L651-2 suiv.

---

<sup>858</sup> V. Ph. Merle, notamment no 411, sur les clauses « d'avis » ou « d'autorisation » soumettant l'exercice de l'action contre les dirigeants au pouvoir de l'assemblée, clauses aujourd'hui expressément réputées non écrites par l'art. les articles ci-dessus mentionnés.

<sup>859</sup> Il s'agit d'une prescription de 3 ans, à compter du fait dommageable ou, si ce fait a été dissimulé, dès sa révélation – sauf si le fait générateur de responsabilité est qualifié de crime, cas dans lequel l'action se prescrit par dix ans (L223-23, L225-254 C.com.) Pour le régime spécial de la responsabilité des membres du conseil de surveillance v.art. L225-257 C.com.. Pour les dirigeants des sociétés de personnes, à défaut de disposition spéciale, il y a application du régime de responsabilité de droit commun, avec comme conséquence l'existence d'une prescription trop longue de 30 ans- v. Ph. Merle n<sup>o</sup> 141.

<sup>860</sup> Sur l'action sociale ut singuli et son caractère subsidiaire v. C. cass. Ch. crim. 12 déc. 2000, Rev. soc. 2001, p. 323, note A. Constantin. L'associé ou actionnaire a aussi contre les dirigeants une action pour la réparation de son préjudice individuel distinct de celui subi par la société – mais la jurisprudence admet difficilement l'existence d'un tel préjudice. V. C. cass. Ch. com. 1er mai 1997, Bull Joly 1998, 650, note J.-F. Barbieri.

<sup>861</sup> Sur cette notion de « faute détachable » dans la jurisprudence v. C. cass. Ch. com. 28 avril 1998, Rev. soc. 1998, p. 767, note B. Saintourens, 20 mai 2003, D. 2003, p. 1502, note A. Lienhard, JCP E. 2003, 1203, n<sup>o</sup> 2, obs. J.-J. Caussain-Fl. Deboissy-G. Wicker et pour la doctrine M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy, nos 281 suiv..

C.com.– l'action est exercée en principe dans ce cas par les mandataires judiciaires au nom de la société, mais les sommes perçues sont affectées à la satisfaction des créanciers)<sup>862</sup>.

### **La responsabilité des dirigeants en droit grec**

En droit grec, à la différence du droit français, tout dirigeant membre de l'organe d'administration d'une société ayant la personnalité morale est personnellement responsable à l'égard des tiers ayant subi un préjudice individuel et direct pour tout délit ou quasi-délict civil qu'il a commis dans le cadre de l'exercice de ses fonctions ayant causé ce préjudice, solidairement avec la société (action ou omission fautive, selon le texte de la loi grecque), sur le fondement d'une disposition de droit commun pour toutes les personnes morales (71 AK), disposition ayant un noyau d'ordre public<sup>863</sup> ; est pourtant une question débattue dans quelle mesure la violation par les dirigeants sociaux de dispositions de l'impératif sociétaire même visant à la protection des tiers, essentiellement les créanciers sociaux (il s'agit notamment des dispositions sur le capital social), violation aboutissant à un dommage pour la société, peut fonder la responsabilité des dirigeants à leur égard avec concours à l'art. 71 AK<sup>864</sup>. Le droit grec des sociétés s'intéresse en tout cas en principe

---

<sup>862</sup> Sur l'évolution du droit français des procédures collectives en la matière, avec le dispositif jadis en vigueur de la possibilité d'extension de la procédure au dirigeant pour certains cas de faute caractérisée v. P. Le Cannu "Entreprises en difficulté", n° 1245 suiv., spéc. nos 1261 suiv. sur les dirigeants de fait. Sur les sanctions professionnelles de "faillite personnelle" et son diminutif, l'interdiction de gérer pouvant frapper les dirigeants sociaux des sociétés françaises en redressement ou liquidation judiciaire v. art. L653-1 suiv. C.com., P. Le Cannu op. cit., n°s 1318 suiv. La faillite ou interdiction de gérer emportent exercice des droits de vote du dirigeant puni au sein de la société en redressement ou liquidation par un mandataire nommé par le tribunal ou même cession forcée de ces droits imposée par décision du tribunal. L'action en comblement du passif se prescrit dans les 3 ans dès la décision prononçant la liquidation.

<sup>863</sup> Sur ce dispositif v. Ap. Georgiadis « Principes généraux », p. 119 suiv. Ce qui est d'ordre public est l'impossibilité de convenir avant le fait générateur du dommage l'exonération du responsable – y compris la personne morale – ou la restriction de sa responsabilité pour un dommage provoqué par dol ou faute lourde (332 AK). Il est à noter que pour le droit grec, à la différence du droit français, la responsabilité contractuelle peut concourir avec celle délictuelle, avec possibilité de choix au profit de la victime. Sur la non responsabilité des dirigeants des sociétés de capitaux à l'égard des tiers pour les obligations contractuelles de la société et leur responsabilité pour des délits et quasi-délits v. N. Rokas, op. cit., p. 326. Pour une affaire intéressante d'action en responsabilité contre les dirigeants sociaux dans le cadre d'une AE avec délégation des pouvoirs du conseil d'administration v. Eph. (CA) Athènes 4101/2005, DEE 2006, p. 1024, note G. Gasparinatos (la cour a jugé que dans un tel cas de délégation les membres du conseil d'administration ne sont pas personnellement responsables à l'égard du tiers qui est tombé victime d'infractions du conseiller dirigeant –le délégataire du pouvoir- pour manquement dans leur obligation légale de surveillance de ce dernier).

<sup>864</sup> V. pour les AE (en grec) G. Gasparinatos « La responsabilité civile des dirigeants des sociétés de capitaux », Nomiki Vivliothiki 2007, M. Varela « L'assurance de la responsabilité civile des dirigeants des AE », Nomiki Vivliothiki 2008, p. 21 suiv.. Il nous semble pourtant que quand la

seulement à la responsabilité des dirigeants sociaux à l'égard de la société, sans toutefois une fois de plus introduction d'une disposition de droit commun applicable à tout dirigeant de toute forme sociale. En ce qui concerne les sociétés de personnes, la responsabilité civile des dirigeants à l'égard de la société (ou des associés, si la société n'a pas la personnalité morale) est laissée au domaine du droit commun contractuel, par application analogique des dispositions de l'AK sur la responsabilité du mandataire (v. 754 § 1 AK renvoyant aux art. 713-723 AK sur le mandat du droit grec -entolí)<sup>865</sup>. Pour les EPE, le droit grec introduit un dispositif de responsabilité des gérants –solidaire, si plusieurs gérants ont agi en commun- à l'égard de la société, des associés et des tiers, ressemblant dans une première lecture à celui français, pour toute violation de l'impératif de la loi sur les EPE ou des statuts et pour toute faute de gestion ayant provoqué un dommage à la société (art. 26 L3190/1955) ; mais la responsabilité à l'égard des associés et des tiers est subsidiaire à celle à l'égard de la société, dans le cas où la collectivité des associés exerce le droit qu'elle a - à la différence du droit français- d'exonérer le gérant fautif ou ne décide pas dans un délai raisonnable l'exercice de l'action, cette action des tiers et des associés étant vue en plus par l'opinion aujourd'hui dominante comme sorte d'actio pro socio (les sommes au paiement desquelles le dirigeant est condamné doivent être versées à la société). Ce droit des associés et des tiers d'agir contre les dirigeants en cas de renonciation ou carence de la société doit être réputé d'ordre public<sup>866</sup>. Ce dispositif de responsabilité subsidiaire n'a

---

société est in bonis il n'existe pas de dommage direct des créanciers sociaux résultant de ces violations, ce dommage direct étant nécessaire pour fonder une action en responsabilité civile contre les dirigeants – v. infra sur leur responsabilité à l'égard des créanciers en cas de faillite de la société. V. aussi pour une conception restrictive Eph. (CA) Athènes 4101/2005, citée dans la note précédente, le commentateur de l'arrêt soulignant que l'obligation légale des membres du conseil d'administration de surveiller le conseiller dirigeant – déléataire du pouvoir existe à l'égard de la société et non des tiers et sa violation éventuelle ne peut fonder une action en responsabilité du tiers victime des agissements du conseiller dirigeant contre les autres membres du conseil. Il est aussi à noter que les actes des organes sociaux n'étant pas effectués dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions –cas dans lequel la société personnifiée n'est pas responsable à l'égard des tiers- ne sont pas les fautes détachables du droit français : il s'agit d'actes effectués seulement à l'occasion de l'exercice de ces fonctions ou sans relations avec elles. Des actes effectués par les dirigeants en dépassement ou abus de leurs pouvoirs engagent la personne morale. V. A. Georgiadis « Principes généraux », p. 180-181. La personne morale condamnée a un recours contre le dirigeant fautif sur le fondement de renvoi analogique aux dispositions sur la responsabilité du mandataire (68 AK).

<sup>865</sup> Ap. Georgiadis, « Droit des obligations », Partie spéciale, t. 2, p. 724.

<sup>866</sup> V. sur la responsabilité des dirigeants des EPE N. Tellis in « Droit de l'EPE » (dir. E. Perakis), p. 514 suiv., E. Perakis « Le nouveau droit ... », p. 19, N. Rokas, p. 536 suiv. Le dirigeant associé n'a pas droit de participer au vote concernant son exonération de responsabilité ou l'exercice de l'action sociale (12 par. 2 de la loi). L'action se prescrit par cinq ans. L'associé est réputé avoir en plus une action personnelle contre le dirigeant pour tout dommage direct individuel résultant d'un délit ou quasi-délit du gérant selon le droit commun (art. 914 AK), droit qu'on doit réputer d'ordre



pas été repris pour les IKE (art. 67 L4072/2012), ses gérants étant pour le reste en principe solidairement responsables à l'égard de la société pour les mêmes raisons que ceux des EPE (v. pourtant infra sur l'application du standard de business judgement rule)<sup>867</sup>. Pour les membres du conseil d'administration de l'AE et les tiers exerçant des pouvoirs organiques au sein de la société (v. supra), la réforme de 2007 a opéré des changements au système traditionnel, dans le but essentiellement de restreindre la responsabilité des dirigeants (art. 22 a L2190/1920). La responsabilité individuelle ou solidaire des dirigeants à l'égard de la société est prévue pour toute « faute » (ptaïσμα, notion plus large que celle de la faute de gestion du droit français, englobant aussi les violations de l'impératif légal et des statuts ayant causé un préjudice à la société) de leur part mais elle est désormais soumise aux limites du principe du « business judgement rule », importé du droit américain. Selon la nouvelle formulation de la loi grecque, tout membre du conseil d'administration est responsable à l'égard de la société pour toute faute dans l'administration des affaires de cette dernière, mais la responsabilité est exclue si l'administrateur prouve qu'il a fait preuve de la diligence de l'entrepreneur prudent, compte tenu de la qualité et des devoirs assumés par chaque membre du conseil, la responsabilité étant plus particulièrement exclue pour les actes de gestion ou omissions effectués sur le fondement d'une décision de l'assemblée conforme à la loi ou portant sur une décision entrepreneuriale raisonnable prise avec bonne foi suivant une information adéquate et exclusivement dans le but de poursuivre l'intérêt social<sup>868</sup>. Il est à noter que, à la différence du droit français, l'assemblée générale peut exonérer les dirigeants de leur responsabilité, soit en aval, une fois le préjudice né (22a 4 L2190/1920 –elle peut aussi permettre la transaction avec les dirigeants –mais la décision d'exonération ou sur la transaction doit être prise après l'écoulement de deux ans dès le fait préjudiciable), soit même en amont, en autorisant l'accomplissement de l'acte préjudiciable par une décision conforme à la loi, sous réserve, doit-on considérer, d'abus de majorité. Ainsi, bien que la disposition sur la responsabilité des administrateurs ne puisse pas être

---

public dans les limites de l'art. 332 AK. V. sur l'action individuel de l'associé N. Rokas op.cit., p. 537, note 42, Eph. (CA) Athènes 4233/1993, EEmpD 1996, p. 97.

<sup>867</sup> Mais la prescription de l'action est de 3 ans seulement.

<sup>868</sup> N. Rokas, p. 325 suiv. Sur la notion du « business judgment rule » en droit américain v. Hamilton – Booth, p. Le « business judgment rule » vient en fait atténuer en droit américain l'obligation des dirigeants d'agir en maximisant le profit des actionnaires, en diminuant son "exigibilité" devant les tribunaux. Pour une discussion sur les fondements théoriques du "business judgment rule" et de sa relation avec l'obligation des dirigeants de maximiser le profit des actionnaires, v. K.Greenfield "The Failure of Corporate Law", p. 217 suiv. Est débattue la question du caractère solidaire de la responsabilité en cas d'action collective fautive de plusieurs administrateurs – v. N. Rokas, op. cit., p. 327. V. sur l'ensemble de la question la monographie précitée d'A. Mikroulea « Limites d'action et responsabilité des dirigeants sociaux ».

écartée in globo, son caractère d'ordre public se trouve beaucoup relativisé à cause de ces pouvoirs de l'assemblée de donner le quitus, même en amont, pour une opération particulière, suivant une conception qui semble considérer les actionnaires les «propriétaires» de la société. Toutefois, le quitus donné en aval par l'assemblée peut être bloqué par l'exercice d'un droit d'opposition d'ordre public sociétaire d'une minorité du cinquième du capital représenté dans l'assemblée. L'action contre les dirigeants est prescrite dans un délai plus court qu'en droit commun, selon un dispositif ressemblant celui du droit français (22a § 5 L 2190/1920)<sup>869</sup>. Le droit grec ne reconnaît pas non plus un droit individuel à l'actionnaire d'exercer l'actio pro socio ut singuli, mais il reconnaît en cas de carence des organes sociaux (si bien sûr l'assemblée n'a pas exonéré les responsables) un droit de la minorité du dixième du capital social libéré de déclencher la procédure de l'action de la société contre ses dirigeants fautifs (art 22b L2190/1920) – un dispositif moins favorable que celui français, qui voit l'action ut singuli comme un droit individuel et d'ordre public de l'associé (mais les statuts peuvent au moins diminuer le seuil exigé par la loi)<sup>870</sup>. La règle du business judgment rule et la possibilité de l'assemblée d'exonérer le dirigeant ont été repris pour les IKE, sans toutefois droit d'opposition d'une minorité<sup>871</sup>. La réforme de

---

<sup>869</sup> Dans un délai de 3 ans du fait générateur, sans prévision toutefois pour le cas de dissimulation de ce fait, ou de dix ans, en cas de dol.

<sup>870</sup> Pour plus de détails sur ce dispositif et la possibilité reconnue aux minoritaires de demander la nomination en justice de mandataires spéciaux représentant la société dans le procès contre les dirigeants v. N. Rokas, p. 329 suiv. En cas de préjudice individuel direct de l'actionnaire - distinct de celui subi par le patrimoine social - résultant d'un délit ou quasi-délict civil des administrateurs, l'actionnaire en cause a une action directe contre les dirigeants et éventuellement contre la société sur le fondement du droit commun (art. 914 AK), action indépendante de l'action sociale et ne pouvant pas être éteinte par décision de l'assemblée- v. N. Rokas, op.cit., p. 334 suiv., S. Mousoulas, DFN 1992, 487. La délimitation entre dommage indirect et dommage direct de l'actionnaire pose pourtant des problèmes conceptuels. Selon la doctrine, sont des cas de dommage direct imposé par les administrateurs aux actionnaires l'atteinte illicite à leurs droits ou la provocation de l'échec d'une offre publique bénéfique pour les actionnaires. Pour des exemples de dommage direct des actionnaires résultant de la violation de dispositions impératives introduites dans le but de la protection des actionnaires v. M. Varela, monographie précitée, p. 22-24. La doctrine accepte aussi un droit de l'actionnaire d'exercer une action contre les dirigeants fautifs selon le droit commun pour son dommage personnel, si la société a renoncé à son action de responsabilité ou a exonéré le responsable; mais la jurisprudence refuse pour le moment d'admettre une telle possibilité – v. N. Rokas, op. cit., p. 335. La jurisprudence grecque refuse plus généralement de reconnaître tout lien juridique entre actionnaires et dirigeants, en refusant de la sorte de reconnaître une action au profit des premiers en cas de violation de l'obligation de diligence dans la gestion des affaires sociales par les seconds, les dispositions introduisant ce standard de gestion étant réputées introduites seulement dans l'intérêt de la société – v. M. Varela, op. cit., p. 22.

<sup>871</sup> L'art. 67 L4072/2012 reconnaît un droit individuel de l'associé d'exercer l'action sociale contre le gérant, sans toutefois prévoir que ce droit est indépendant de la décision de l'assemblée d'exonérer le gérant. Ce même article prévoit d'autre part expressément la responsabilité solidaire entre plusieurs administrateurs ayant agi ensemble de façon fautive.

2007 du droit grec des faillites a en plus introduit expressément une responsabilité personnelle des dirigeants des sociétés de capitaux à l'égard des créanciers sociaux pour dépôt tardif du bilan ou provocation de la faillite par dol ou faute lourde, responsabilité solidaire pour tout préjudice des créanciers sociaux en ayant résulté, l'action en résultant pouvant être exercée seulement par le syndic (art. 98 C. des faill.) ; il est à noter que la responsabilité en cause ne concerne pas selon cet article seulement les dirigeants de droit, mais aussi les personnes ayant exercé leur influence sur les dirigeants avec ces effets, dispositif qui, à l'instar de celui français des dirigeants de fait, peut être important dans le cadre de certains montages, notamment celui du groupe de sociétés. Ce dispositif doit être réputé d'ordre public et indépendant des possibilités d'exonération des dirigeants offertes par la loi sur les sociétés anonymes. Selon la doctrine grecque, une pareille responsabilité des dirigeants des autres formes sociales en cas de faillite à l'égard des créanciers peut être fondée sur les dispositions du droit commun concernant l'abus de droit et la responsabilité délictuelle (281, 914,919 AK)<sup>872</sup>.

### **La responsabilité personnelle des associés pour comportements fautifs ou non-respect des règles du jeu du droit des sociétés**

Un autre problème intéressant du point de vue de l'ordre public sociétaire est celui de la responsabilité personnelle des associés pour un comportement fautif (autre que l'inexécution de leur apport) durant le fonctionnement de la société, en dehors des cas d'abus de personnalité morale (v. supra), question avec un noyau d'ordre public dans les deux droit sous comparaison<sup>873</sup>. En droit français, à défaut de dispositions spéciales du droit

---

<sup>872</sup> V. S. Psychomanis, op.cit., p. 155.

<sup>873</sup> Sur la responsabilité de l'associé de toute forme sociale en droit français pour l'exécution de son apport v. 1843-3 C.civ. (obligation de garantie comme vendeur pour les apports en nature en propriété et comme bailleur en cas d'apport en jouissance, obligation de plein droit pour les taux d'intérêts, avec en plus droit de la société de demander des dommages-intérêts supplémentaires en cas de préjudice de cette dernière, même en absence de mauvaise foi de l'associé, pour tout retard dans la libération de l'apport en numéraire, dispositif plus sévère que celui du droit commun) et les art. L228-27, L228-28 C.com. plus particulièrement sur le cas de l'actionnaire n'ayant pas libéré à temps son apport en numéraire encore dû. Pour le droit grec, à défaut d'une disposition de droit commun, v. pour les sociétés des personnes l'art. 744 AK (contenant les mêmes solutions pour les obligations de garantie de l'apporteur en nature que le droit français, disposition qui doit être réputée analogiquement applicable aux EPE, IKE et AE), 770 AK (l'inexécution des obligations d'un associé

des sociétés, il s'agit en principe de la responsabilité délictuelle de droit commun. La responsabilité personnelle à l'égard des coassociés est ainsi engagée en droit français pour une décision ou blocage d'une décision constituant respectivement abus de majorité ou de minorité (v. infra). En plus, en droit français peut selon la jurisprudence être vu comme responsable à l'égard du dirigeant révoqué l'associé ayant commis une faute personnelle dans le cadre d'une révocation en des conditions vexatoires ou plus généralement abusives<sup>874</sup>. En droit grec, la responsabilité personnelle des associés à l'égard de la société et des coassociés pour leur préjudice individuel se rencontre dans le cadre des sociétés de personnes sous la forme de responsabilité contractuelle, en cas de violation de l'obligation très large de loyauté qui existe entre la société et les associés et entre les associés (v. supra)<sup>875</sup>. En droit des AE, la tendance est de reconnaître une responsabilité personnelle à la charge de l'actionnaire de référence en cas de violation de son obligation de loyauté, avec application analogique des dispositions sur la responsabilité des dirigeants ; mais la réforme de 2007 du droit des AE a introduit expressément une responsabilité civile seulement de la société à l'égard des actionnaires pour leur dommage résultant d'une décision constitutive d'abus de majorité<sup>876</sup>. Pour les EPE le droit grec prévoit la responsabilité de l'associé à l'égard de la société pour tout préjudice résultant d'un acte ou omission du premier, l'assemblée étant impérativement le seul organe pouvant décider l'exercice de l'action (art. 14 L3190/1955) et la responsabilité de l'associé pour non exécution de son apport supplémentaire (v. supra sur les apports supplémentaires dans les EPE- art. 37 de la loi sur les EPE). Les dispositifs des deux droits sur la responsabilité des dirigeants de fait ou des personnes ayant exercé leur influence sur les dirigeants en cas de faillite de la société (v. supra) peuvent bien sûr trouver application aux associés dominants d'une société en difficultés, si ces derniers ont exercé une direction de fait, chose importante pour certains montages dissociant le pouvoir de droit et le pouvoir de fait dans les sociétés.

---

cause de résiliation de la société de personnes par tout autre associé, l'associé fautif étant responsable pour le préjudice des autres associés résultant de la dissolution), 771 AK (possibilité de dissolution de la société de personnes par décision judiciaire pour inexécution des obligations d'un associé, pour les EPE l'art. 14 L3190/1955 généralement sur la responsabilité de l'associé à l'égard de la société, pour les AE l'art. 12 L2190/1920 introduisant un dispositif similaire à celui français de l'exécution en bourse pour l'inexécution des apports en numéraire partiellement libérés.

<sup>874</sup> V. ainsi C. Cass. Ch. Com. 1er février 1994 JCP E 1994 II, 363, n° 7, obs. A. Viandier-J.-J. Caussain.

<sup>875</sup> M.-Th. Marinos in « Droit des sociétés de personnes » (dir. N. Rokas), n° 151, p. 110.

<sup>876</sup> Ainsi G. Triantafyllakis (en grec) « Responsabilité d'actionnaire exerçant son influence sur l'administration d'une société anonyme » (précité). V. aussi supra sur la responsabilité civile résultant de la violation de l'obligation de loyauté des actionnaires, même de ceux minoritaires.

## **Section II: Les sanctions extra-civiles des violations de l'ordre public économique sociétaire**

Comme nous avons vu, l'implication de l'intérêt général ou d'intérêts privés particulièrement sensibles dans la vie des sociétés comme conséquence de l'expression juridique par elles de la réalité de l'entreprise peut conduire à l'introduction, au-delà des sanctions civiles, de sanctions de droit public – administratives (§ 1), mais aussi pénales (§ 2) pour la protection de l'ordre public économique sociétaire. Avec l'introduction de telles sanctions, il y a bien sûr aggravation des contraintes à prendre en compte par les promoteurs des montages sociétaires dans les deux pays sous comparaison. Toutefois, les sanctions administratives du droit des sociétés proprement dit ont depuis longtemps disparu en France, tandis qu'elles sont en recul certain en Grèce, et, en ce qui concerne les sanctions pénales, leur utilisation comme outil de régulation en matière de sociétés fait l'objet de vives critiques, dans une perspective de dépenalisation du droit des sociétés.

### **§ 1. Les sanctions administratives et les montages sociétaires**

#### **A. Les sanctions administratives et le droit des sociétés**

##### **La disparition des sanctions administratives de droit des sociétés pour la SA française**

En ce qui concerne le droit des sociétés, la prévision de sanctions administratives est historiquement liée à la forme sociétaire de la société anonyme, à cause des dangers que celle-ci peut engendrer pour des intérêts très larges (d'une part des cocontractants de la société, par la limitation de responsabilité, d'autre part du large public, par l'appel public à l'épargne), mais aussi pour la confiance économique et l'intérêt général. Toutefois, en 1867 le droit français a rompu, comme nous avons vu, avec la tradition de la surveillance étatique de la SA, en confiant en principe aux sanctions civiles et au juge judiciaire la sauvegarde de la légalité du droit des sociétés et de l'ordre public plus général dans les SA. Ainsi, aujourd'hui, la SA du droit commun n'est pas soumise en France à un système de sanctions administratives pour les violations de l'ordre public sociétaire stricto sensu (de provenance

du droit des sociétés) ; mais dans les régimes de types spéciaux de SA des sanctions de nature administrative sont prévues dans le but de garantir l'effectivité de l'ordre public sociétaire spécial de ces types de SA. (p.ex. banques, compagnies d'assurance, sociétés boursières- v. en plus infra Titre II sur les sanctions administratives dans le cadre de l'ordre public économique sociétaire du marché).

### **L'évolution du dispositif des sanctions administratives de la société anonyme grecque**

A la différence du droit français, le droit grec a maintenu pendant longtemps un arsenal de sanctions administratives dans son droit des AE, dans le cadre de la mission générale de surveillance confiée à l'administration pour cette forme sociale (v. supra). Au-delà de l'obligation de l'administration de refuser l'autorisation de constitution d'une AE pour cause d'irrégularité par rapport à l'impératif sociétaire, l'administration grecque possédait le pouvoir (dans la plupart des cas de compétence liée) de révoquer l'autorisation de constitution pour certains manquements particulièrement graves par rapport à l'impératif sociétaire, en provoquant la dissolution de la société (anc. art. 48 L2190/1920-v. supra sur les causes de dissolution). La réforme de 2007 du droit des AE a toutefois supprimé, comme nous avons vu, ce pouvoir, en laissant à l'administration seulement la possibilité de demander en justice la dissolution de la société dans le cas des manquements en cause (actuel art. 48 L2190/1920 –v. supra). Demeure le pouvoir de l'administration grecque d'imposer des amendes en cas d'omission de la part de la société de fournir dans les délais prévus par la loi l'information nécessaire pour l'exercice de la surveillance étatique sur l'AE (63d L2190/1920) – mais la somme de ces amendes prévue dans la loi est très basse (de 150 euros par infraction) et peu dissuasive. Demeure aussi le pouvoir de l'administration d'adresser des injonctions légalement motivées aux dirigeants de la société dans le but de rétablissement de l'ordre dans celle-ci dans tout cas de violation de l'impératif légal, des statuts mais aussi des décisions des assemblées générales, sous menace de sanction pénale en cas de désobéissance (57 L2190/1920)<sup>877</sup>. La doctrine grecque remarquait déjà avant la réforme de 2007 que l'administration grecque faisait rarement usage de son pouvoir sanctionnateur dans le cadre de sa compétence de surveillance de l'AE, et quand

---

<sup>877</sup> Sur la nature juridique assez floue de ces injonctions v. P. Drakopoulos in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 7, p. 243 (elles ne sont pas réputées d'actes juridiques exécutoires, l'administration ne dispose pas de moyens de contrainte pour leur mise en œuvre, les dirigeants peuvent ne pas s'y conformer, en engageant leur responsabilité pénale, ni les injonctions en cause elles-mêmes ni le refus de l'administration de les émettre ne font l'objet d'un recours auprès du Symvouleio Epikrateias (CE grec).

elle en faisait usage, son intervention n'allait pas toujours dans le bon sens<sup>878</sup>. D'autre part, le recul du pouvoir de l'administration d'intervenir par des actes unilatéraux dans le but de restauration du respect de l'impératif du droit des sociétés facilite l'environnement juridique de certains montages sociétaires particulièrement douteux, notamment par l'utilisation de sociétés fictives sans aucune vie intérieure.

## **B. Les sanctions administratives de provenance du droit fiscal**

Avec ces évolutions en ce qui concerne les sanctions administratives du droit des sociétés (depuis longtemps en France, récemment en Grèce), on peut dire que – sous réserve des dispositifs des sanctions administratives de l'ordre public économique du marché (v. infra)- l'essentiel des sanctions administratives de l'ordre public économique sociétaire se déplace vers les sanctions imposées par l'administration fiscale, avec une importance majeure pour l'environnement juridique de certains montages sociétaires. L'administration fiscale peut ainsi souvent rétablir la réalité derrière l'apparence, redresser l'impôt dû et imposer des amendes, en constituant ainsi un facteur dissuasif important contre une instrumentalisation abusive du droit des sociétés. Toutefois, l'administration fiscale doit respecter le principe de légalité dans son pouvoir sanctionnateur ainsi que, comme nous avons vu supra, les notions et constructions du droit des sociétés – sauf instrumentalisation abusive de sociétés qui est vue comme exception.

Le droit fiscal français connaît ainsi deux mécanismes sanctionneurs de portée générale protégeant l'ordre public fiscal et particulièrement importants pour ce qui concerne la vie des sociétés et les montages sociétaires, à savoir l'abus de droit fiscal et l'acte anormal de gestion. L'abus de droit du droit fiscal est expressément prévu et définie dans l'art. 64 du Livre des procédures fiscales tel qu'il se présente aujourd'hui après sa réforme en 2008<sup>879</sup>. Toutefois, malgré la dénomination, il ne s'agit pas tant d'un prolongement de la théorie de l'abus de droit de droit commun (v. supra) que d'une application des théories de la simulation et de la fraude dans le domaine du droit fiscal. Ainsi, l'abus de droit du droit fiscal se présente sous deux formes, l'abus de droit-simulation et l'abus de droit-fraude à la loi. L'abus de droit-simulation est un mensonge destiné à tromper le fisc (par exemple donation déguisée en vente, opérations réalisées par le biais de prête-noms, ventes fictives et bien sûr sociétés fictives), tandis que dans l'abus-fraude à la loi les actes passés sont

---

<sup>878</sup> K. Pamboukis "Droit de la société anonyme", fasc. 1, p. 75.

<sup>879</sup> Sur l'abus de droit fiscal v. M.Cozian « Précis », nos 1788 suiv., du même « Les grands principes ... », n° 19 et, en ce qui concerne la relation de cette notion avec les montages, J.-Ph. Dom thèse précitée, n°671 suiv, D. Poracchia, thèse précitée nos 673, 724. Plus particulièrement sur la lutte du droit fiscal français contre l'évasion fiscale vers l'étranger v. Partie II.

réels, mais il s'agit d'un montage juridique artificiel, le motif unique des participants étant fiscal, à savoir d'évincer l'application d'une règle fiscale impérative imposant une taxation plus lourde<sup>880</sup>. La jurisprudence française accepte d'ailleurs difficilement l'abus de droit-fraude à la loi, en acceptant facilement le concours d'autres motivations, non exclusivement fiscales, dans les opérations en cause, conformément d'ailleurs à sa tendance plus générale de « protéger » les constructions du droit des sociétés face aux prétentions du droit fiscal (v. supra). Elle laisse de la sorte un large espace à l'« habileté » des particuliers en matière de montages sociétaires avec finalité l'« optimisation » fiscale<sup>881</sup>; pourtant, ce respect par la jurisprudence fiscale de l'« habileté » fiscale n'est pas absolu et des surprises désagréables ont attendu dans la dernière décennie les participants de certains montages sociétaires d'« optimisation » fiscale (v. infra, Partie II). Dans le cas d'abus de droit fiscal, l'administration française non seulement rétablit la situation réelle ou celle que les particuliers ont voulue artificiellement écarter, la construction abusive ne lui étant pas opposable, mais elle impose aussi de cuisantes amendes<sup>882</sup>. En tout cas, les particuliers envisageant des montages sociétaires pouvant engendrer des doutes d'abus de droit peuvent recourir à la technique du rescrit fiscal (question posée à l'administration fiscale sur la légalité de l'opération envisagée avant la réalisation de celle-ci) afin de sécuriser l'opération (L64 B LPF)<sup>883</sup>. A la différence de l'abus de droit fiscal, l'acte anormal de gestion est une création de la jurisprudence française<sup>884</sup>. Elle sanctionne des actes faits par les dirigeants d'entreprises notamment sous forme sociale et ayant une répercussion fiscale en diminuant l'assiette imposable de l'entreprise sans correspondre à l'intérêt de cette dernière. Bien sûr l'administration fiscale française ne s'immisce pas dans la gestion de l'entreprise et ne juge pas l'opportunité de cette gestion. Constitue toutefois un acte anormal de gestion celui qui met une dépense ou une perte à la charge de l'entreprise, ou qui prive cette dernière d'une recette, sans que l'acte soit justifié par les intérêts de l'exploitation commerciale. On peut dire que la théorie de l'acte anormal de gestion a un impact certain sur le débat quant à la nature de la société, car elle semble admettre que l'entreprise n'est pas affaire des seuls dirigeants –

---

<sup>880</sup> Selon M.Cozian, l'abus de droit-simulation est l'abus de droit du pauvre, tandis que l'abus de droit-fraude à la loi serait le péché des « surdoués de la fiscalité », « Précis », n°3003. Plus généralement sur la simulation en droit fiscal v. Fl. Deboissy «La simulation en droit fiscal», LGDJ 1997.

<sup>881</sup> V. par exemple en matière d'abus de droit C.cass. Ch.com. 10 déc. 1996, DF 1997, com. 923, note P.Dibout.

<sup>882</sup> V. M. Cozian «Précis», nos 1806 suiv.

<sup>883</sup> V. sur le rescrit fiscal M. Cozian, op. cit., nos 45 suiv., 1508. V. aussi ibid, no 1798 sur le comité d'abus de droit fiscal introduit par la réforme de l'art L64 en 2008.

<sup>884</sup> Sur l'acte anormal de gestion v. M.Cozian « Précis », n°3020, « Les grands principes ... » p. 91 suiv, et sur sa relation avec les montages sociétaires J.Ph. Dom, thèse précitée, nos 684 suiv.



même si en fait ces derniers sont des associés largement contrôlés ou agissent avec l'accord de ceux-ci – et de la sorte les associés ne peuvent pas indirectement – par le biais des dirigeants par eux contrôlés – disposer librement de l'entreprise. La sanction de l'acte anormal de gestion est la réintégration au résultat imposable de ce que l'entreprise a perdu à cause de l'acte anormal, mais aussi la taxation du bénéficiaire de l'avantage pour ce dernier<sup>885</sup>. En plus de ces deux grands mécanismes, le droit fiscal français a une approche sanctionnatrice à l'égard des agissements des dirigeants des sociétés de capitaux –de droit ou de fait, avec une importance évidente de cette dernière notion pour les montages dissociant pouvoir formel et pouvoir réel- présentant un caractère frauduleux ou gravement irrégulier et ayant rendu impossible le recouvrement de l'impôt ; dans ces cas les dirigeants peuvent être déclarés par décision de justice solidairement responsables pour les dettes fiscales de la société (art. 267 LPF – comp. supra avec la responsabilité solidaire de plein droit des dirigeants mais aussi des associés ou actionnaires avec une certaine importance pour une série d'obligations fiscales de leurs sociétés en droit grec)<sup>886</sup>.

De l'autre côté de la comparaison, le dispositif de sanction mis en place par le droit fiscal grec et pouvant être utilisé en matière de montages sociétaires a été jusque récemment moins élaboré théoriquement et moins complet que celui français. L'article 28 } 4 du Code d'imposition du revenu de 1994 déclarait ainsi inopposables à l'administration fiscale les « contre-lettres » concernant les sociétés de personnes ou EPE et IKE, mais aussi des koinopraxies (v. supra), des indivisions et des sociétés civiles à but lucratif, en cas de simulation de ces entités elles-mêmes ou de simulation dans les relations entre participants (participations ou pourcentages de participations simulés), dans le but de piéger les participants dans leurs constructions<sup>887</sup>. La jurisprudence grecque admet d'autre part que l'autorité fiscale peut apprécier à titre incident la fictivité (simulation- eikonikótita- v. supra) d'une société de personnes ou EPE ou du pourcentage d'une participation dans une telle société afin qu'elle établisse la véritable assiette fiscale de la personne qui bénéficie de

---

<sup>885</sup> V. par exemple CE 24 février 1978, Dr. fiscal 1978, n°30, com. 122, concl. Rivière, 10 avril 1991, Dr. fiscal 1991 n°31, com. 1953, concl. J. Arrighi de Casanova.

<sup>886</sup> M. Cozian-A. Viandier-F. Deboissy, n° 289, qui insistent sur l'indépendance de cette responsabilité par rapport à l'action contre les dirigeants en cas d'insuffisance d'actif.

<sup>887</sup> Sur cette disposition v. la thèse précitée de K. Karayannis sur la simulation, p. 84, p. 254 suiv., avec une critique d'un ensemble de telles dispositions du droit grec inspirées par le droit français et consolidant des actes juridiques simulés, et la monographie précitée de K. Rigas sur la levée de la personnalité morale, p. 134. Cette disposition, à finalité exclusivement fiscale, ne consolide pas bien sûr les sociétés de personnes simulées pour ce qui concerne leur nullité.

la simulation<sup>888</sup>. Il s'agit d'un cas de levée de la personnalité morale de la société à l'égard du fisc. La fictivité de la société était entendue dans ces cas comme comprenant aussi les cas de fraude à la loi fiscale par le biais de sociétés<sup>889</sup>. Toutefois, il n'y a pas de disposition expresse fiscale concernant la fictivité d'une société anonyme ni, semble-t-il, contentieux concernant la levée de la personnalité morale d'une AE par l'administration fiscale afin d'établir la réalité derrière l'apparence et imposer personnellement le maître de l'affaire – omission due peut-être à l'implication traditionnelle de l'administration grecque dans la constitution de ce type de sociétés (v. supra pour l'évolution) et à la volonté de ne pas s'immiscer trop dans la sphère de l'autonomie privée, mais qui ne tient pas compte de la très large instrumentalisation des sociétés anonymes de nos jours même à des fins illicites, y compris bien sûr la fraude fiscale. D'autre part, l'administration fiscale grecque peut rétablir la réalité derrière des transactions fictives impliquant des sociétés fictives (inexistantes ou simples coquilles) dans le but de fraude fiscale par diminution du revenu imposable d'une personne ou de fraude à la TVA, en atteignant dans ce dernier cas dans l'exercice de son pouvoir de sanction le véritable maître de l'affaire derrière la société (v. art. 19 L2523/1997 sur la répression pénale de la fraude fiscale, y compris par le biais de sociétés fictives émettant des factures fictives)<sup>890</sup>. Le droit fiscal grec ne connaît pas d'autre part traditionnellement un mécanisme analogue à l'acte anormal de gestion ; pourtant, une réforme récente importante du droit fiscal a introduit comme limite de la déductibilité des dépenses d'une entreprise la conformité de ces dépenses à l'intérêt de l'entreprise ou son rattachement à ses transactions commerciales habituelles (art. 22 L4172/2013), disposition qui reprend partiellement le dispositif français de l'acte anormal de gestion et qui peut être utilisée comme limite à certains montages sociétaires. En ce qui concerne les dirigeants des sociétés de capitaux, le droit grec a opté pour un dispositif de responsabilité solidaire de ces derniers pour les dettes fiscales de leurs sociétés (v. supra), dispositif qui va bien au-delà du système de sanction français de certains agissements des dirigeants par la déclaration de leur responsabilité solidaire pour les dettes fiscales de leur société. Le droit fiscal grec ne

---

<sup>888</sup> Ainsi par exemple StE (CE) grec 1001/1991, D.D. 1992, p. 425, 550/1994 El. D/ni 1995 p. 1344.

<sup>889</sup> Ainsi Th. Liakopoulos, monographie précitée sur la levée de la personnalité morale, p. 89 (qui soutient que la jurisprudence concerne essentiellement des cas de fraude), K.Karayannis op.cit. p. 84, K.Rigas, p. 134. La doctrine observe que l'inclusion de la fraude dans la fictivité n'est pas correcte d'un point de vue dogmatique, mais que la finalité de la préservation de l'ordre juridique est de la sorte obtenue.

<sup>890</sup> V. p. ex. Areios Pagos 2443/2005, base de données électronique du Barreau d'Athènes Isokratis. La fictivité de la société a été dans cette affaire entendue comme absence de toute activité de sa part, les factures émises par cette dernière concernant des ventes fictives, dans le but de fraude à la TVA.

disposait pas non plus d'une disposition de portée générale visant à reprimer l'abus de droit – fraude à la loi fiscale effectuée par le biais d'acte réels mais ayant un but exclusivement ou principalement fiscal. Pourtant, les réformes récentes du droit fiscal grec ont introduit un dispositif anti-abus sous sa forme de fraude à la loi fiscale ressemblant à celui français de l'art. 64 LPF (art. 38 L4174/2013 – nouveau Code de procédure fiscale), selon lequel l'administration peut dans l'établissement de l'impôt ignorer tout aménagement artificiel ou ensemble d'aménagements artificiel visant à éviter la taxation et conduisant à l'acquisition d'un avantage fiscal, ces notions d'aménagements ou ensemble d'aménagement ayant une similitude frappante avec celle de montages, tandis qu'un dispositif spécial anti-fraude fiscale (art. 56 L4172/2013 – nouveau Code d'imposition des revenus) est applicable aux restructurations de sociétés et à certaines opérations leur étant assimilées, avec des conséquences évidentes pour ce qui concerne les montages effectués par le biais de ces restructurations (v. infra, Partie II, Titre II).

## **§ 2. Les sanctions pénales**

### **A. Le droit pénal, le droit des sociétés et les montages**

Les sanctions les plus graves des violations de l'ordre public économique sociétaire sont bien sûr les sanctions pénales, car la liberté personnelle elle-même peut être impliquée et atteinte par ce mécanisme sanctionnateur particulièrement redoutable. L'intervention du droit pénal en matière de sociétés est devenue historiquement nécessaire pour plusieurs raisons : les sociétés sont le domaine par excellence du pouvoir en matière économique, des organisations dans lesquelles certaines personnes – les dirigeants- gèrent les intérêts d'autres personnes – des associés (notamment s'il y a dispersion de l'actionnariat), mais aussi, indirectement, des créanciers et des salariés, dans un environnement d' « asymétrie d'information », situation qui peut inciter à des comportements malhonnêtes. Pour le dire autrement, la réalité des sociétés comme forme juridique de gouvernance des entreprises rend particulièrement importante la question des sanctions accompagnant l'exercice du pouvoir au sein de l'entreprise, cette dernière impliquant plusieurs intérêts catégoriels dignes de protection, tout en étant elle-même comme ensemble une valeur économique et sociale protégeable. En plus, notamment dans les grandes entreprises, sont impliquées la confiance économique et, indirectement, l'intérêt général, comme facteurs qui doivent être protégés face à un usage malhonnête du pouvoir sociétaire. Il est toutefois vrai que la sanction pénale a été souvent utilisée dans le cadre du droit des sociétés dans les deux pays sous comparaison dans une finalité purement « réglementaire », à savoir dans un but

non pas de réprimander des comportements vraiment moralement blâmables, mais dans celui de garantir l'application des prescriptions impératives –y compris celles concernant la procédure de prise de décision - du droit des sociétés. La répression pénale n'est pas d'ailleurs étrangère au phénomène des montages : la doctrine pénaliste française relève ainsi l'existence de véritables « complexes infractionnels » mis en œuvre par des criminels de « col blanc », complexes qu'on pourrait qualifier de véritables montages criminels, souvent bien sûr avec utilisation de sociétés comme maillons<sup>891</sup>. Plus généralement, les sociétés elles-mêmes deviennent souvent de nos jours des instruments pour la réalisation ou le soutien d'activités pénalement reprimables (notamment blanchiment d'argent), dans le cadre de montages sociétaires répréhensibles<sup>892</sup>.

### **B. Le droit pénal des sociétés français et celui grec**

L'implication du droit pénal dans la vie des sociétés est plus grande en droit français qu'en droit grec, pour deux raisons: d'abord, les sociétés ayant la personnalité morale sont, comme toutes les personnes morales depuis l'introduction du Nouveau Code pénal en 1994, passibles elles-mêmes sous conditions de sanctions pénales adaptées à leur nature pour toute infraction commise par leurs dirigeants au profit des premières (art. 121-2 C.pén.)<sup>893</sup>. Cette responsabilité pénale des personnes morales rencontre des difficultés dans le cadre du « montage structurel » qu'est le groupe de sociétés, la direction du groupe pouvant reléguer des activités potentiellement passibles de sanction pénale à des filiales sans surface économique, procédé qu'on peut qualifier de montage. A la différence du droit français, le droit grec ne reconnaît pas pour le moment la responsabilité pénale des personnes morales<sup>894</sup>. Ensuite, les dirigeants sociaux auxquels peut être attribuée en France la qualité de chef d'entreprise sont soumis au régime particulier de la responsabilité pénale de ce dernier comme décideur- sorte de responsabilité présumée pour toute infraction pénale commise dans le cadre de l'activité de son entreprise, sauf délégation valable de ses pouvoirs ou absence de faute de sa part<sup>895</sup>. Le droit pénal grec ne reconnaît

---

<sup>891</sup> M. Delmas-Marty- G. Giudicelli-Delage (dir.) « Droit pénal des affaires », PUF 2000, 4e édition, p. 242. V. aussi H. Matsopoulou « Responsabilité pénale des personnes morales », Répertoire de droit des sociétés Dalloz. V. aussi sur les montages et la répression pénale J.-Ph. Dom., thèse précitée, nos 654 suiv.

<sup>892</sup> « Au-delà des apparences: l'utilisation des entités juridiques à des fins illicites », OCDE, 2001.

<sup>893</sup> Sur la responsabilité pénale des personnes morales v. J. Larguier - Ph. Conte « Droit pénal des affaires », Armand Colin 2006, 12e édition, n<sup>os</sup> 39 suiv.

<sup>894</sup> V. (en grec) I. Dimaki « La responsabilité pénale de la société », rapport au 12e congrès de droit commercial.

<sup>895</sup> M. Delmas-Marty- G. Giudicelli-Delage (dir.), op. cit., p. 50 suiv., notamment sur les différents fondements proposés par la doctrine pour cette responsabilité.

pas une telle responsabilité pénale objective pour le chef d'entreprise – sauf en matière de contraventions (411 PK- Poinikos Kodikas, Code pénal grec).

Le droit pénal français est caractérisé par un droit pénal spécial des sociétés volumineux, aujourd'hui toutefois en voie de recul net (L241-1 suiv. C.com.). Initialement, la répression pénale en matière des sociétés était laissée en France au droit pénal commun (abus de confiance – aujourd'hui art. 314-1 C.pén., escroquerie – aujourd'hui art. 313-1 C.pén.). Progressivement toutefois on a pris conscience de l'insuffisance du droit commun pour la répression des activités criminelles dans le cadre des sociétés, les infractions du droit commun étant en droit français strictement définies<sup>896</sup>. Cette constatation, mais aussi la volonté de garantir les prescriptions de l'impératif sociétaire – d'autant plus que la constitution des sociétés n'était pas soumise à un contrôle préventif adéquat de légalité – a conduit au développement du droit pénal spécial des sociétés<sup>897</sup>. Mais le droit pénal général maintient son utilité dans plusieurs cas en matière de sociétés, notamment dans le cadre de montages instrumentalisant des sociétés fictives et frauduleuses<sup>898</sup>. D'autre part, pour certains auteurs français, malgré son volume le droit pénal spécial des sociétés garantit la sécurité juridique, car les infractions sont strictement définies par lui<sup>899</sup>. D'ailleurs, même avant le début du processus de recul du droit pénal spécial des sociétés, la plupart des dispositions pénales spéciales n'étaient pas appliquées, leur existence étant justifiée essentiellement, semble-t-il, par leur fonction de garantir la confiance économique, en montrant que les dirigeants des sociétés étaient passibles de lourdes responsabilités pénales en contrepartie de leurs pouvoirs (même si cette responsabilité n'était pas pour la plupart activée). Le véritable cœur du droit pénal français des sociétés concerne bien sûr les sociétés à risques limités, avec des incriminations spéciales comme l'abus de biens sociaux, du crédit et des pouvoirs sociaux (L241-3, 4o, 5o, L242-6, 3o, 4o C. com.)<sup>900</sup>. Sont aussi particulièrement importantes dans ces formes sociales les incriminations de la

---

<sup>896</sup> Sur ce facteur à l'origine du développement d'un droit pénal spécialisé aux affaires v. J. Larguier - Ph. Conte, n° 338, p. 307.

<sup>897</sup> Sur la relation entre les défauts du dispositif de contrôle de constitution et le développement des infractions spéciales v. M. Delmon-Marty-G. Giadicelli-Delerge, p. 318-319.

<sup>898</sup> V. A. Martin-Serf « Sociétés fictives et frauduleuses », étude précitée, nos 163 suiv. Sur la responsabilité pénale éventuelle des dirigeants des sociétés en difficulté v. P. Le Cannu, op. cit., nos 1339 suiv.

<sup>899</sup> Ainsi J. Larguier – Ph. Conte, p. 307.

<sup>900</sup> Selon ces articles est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375.000 euros le fait, pour les dirigeants de ces formes sociales, de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société ou des pouvoirs qu'ils possèdent ou des voix dont ils disposent en cette qualité, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés, directement ou indirectement.

distribution des dividendes fictifs (L241-3, 2o, L242-6 1o C.com.) et de la présentation d'une comptabilité infidèle dans le but de dissimuler la véritable situation de la société (L241-3 3o, L242-6 2o C.com.). Il s'agit de sanctions pénales des comportements répréhensibles des détenteurs du pouvoir au sein de ces sociétés, à savoir de leurs dirigeants, auxquels sont assimilés les dirigeants de fait, comme bien sûr de contraintes principales à prendre en compte par les promoteurs des différents montages sociétaires instrumentalisant les formes sociales<sup>901</sup>. L'abus de biens sociaux, du crédit et du pouvoir sont des infractions dépendant conceptuellement de la notion d'intérêt social, qui ne s'identifie pas avec l'intérêt des associés, ces derniers ne pouvant pas exonérer de sa responsabilité pénale le dirigeant fautif – preuve de l'influence de la réalité de l'entreprise sur le droit des sociétés<sup>902</sup>. D'autre part, si la jurisprudence française reconnaît de larges possibilités d'action civile – action individuelle ou action sociale ut singuli – pour les associés ou actionnaires en cas d'infraction des dirigeants contre la société, elle refuse pour le moment d'admettre comme partie civile dans de tels cas d'autres constituants de l'entreprise, notamment le comité d'entreprise<sup>903</sup>. Le lien conceptuel entre l'abus de biens sociaux et l'intérêt social a d'ailleurs conduit à une évolution du droit français des sociétés avec l'émergence d'une notion d'intérêt du groupe, à l'occasion de litiges sur des abus de biens sociaux (v. infra, Partie II). Le droit pénal français des sociétés se trouve parfois devant des questions avec une grande importance juridico-politique, comme la question de l'opposition ou non à l'intérêt social d'actes illicites des dirigeants sociaux visant à obtenir un marché ou celle du point de départ de la prescription de l'abus de biens sociaux<sup>904</sup>.

De l'autre côté de la comparaison, le droit grec est caractérisé par un rôle plus grand dans la répression pénale en matière de sociétés des incriminations du droit commun, notamment de celles d'hypexaireci (375 PK – Code pénal grec, correspondant à l'abus de confiance du droit français) et surtout celle d'apistia (« déloyauté »- 390 PK)<sup>905</sup>. Des

---

<sup>901</sup> Sur l'assimilation des dirigeants de fait avec les dirigeants de droit v. M. Delmas-Marty –G. Giudicelli-Delarge op.cit., p.39 suiv.

<sup>902</sup> J. Paillusseau « Les fondements ... », article précité, n° 69, et plus généralement sur l'abus de biens sociaux B. Bouloc in Répertoire sociétés Dalloz.

<sup>903</sup> V. p. ex. C. cass. Ch. crim. 12 juin 2002, RjDA 2003, n° 26. V. toutefois pour un cas de refus même pour les actionnaires C. Cass. crim. 13 déc. 2000, RTD com, 2001, p. 446, obs. Cl. Champaud - D. Danet.

<sup>904</sup> Pour ces questions particulièrement sensibles v. J. Larguier - Ph. Conte, op. cit., n°s 573, 577, M. Delmas-Marty - G. Giudicelli-Delarge, p. 143, 345.

<sup>905</sup> Selon l'art. 375 PK, celui qui s'approprie illégalement une chose étrangère (totalement ou partiellement) s'étant trouvé à sa détention par n'importe quelle manière, est puni d'un emprisonnement jusqu'aux deux ans et, si l'objet de l'infraction est d'une valeur "particulièrement élevée", d'un emprisonnement d'au moins d'un an (étant entendu jusqu'à 5 ans). Toutefois, si la valeur totale illégalement appropriée dépasse les 75.000 euros, l'hypexaireci est punie comme crime

incriminations spéciales correspondant à l'abus de biens sociaux, du crédit ou de pouvoirs du droit français n'ont pas fait leur apparition en droit grec. Ce dernier a toutefois introduit des incriminations spéciales en matière des AE et des EPE (art. 54-63 L2190/1920, art. 60 L3190/1955), des incriminations avec un caractère souvent de « réglementation », autrement dit avec l'objectif d'obliger au respect des prescriptions de l'impératif sociétaire stricto sensu et garantir l'effectivité de la surveillance administrative sur les AE<sup>906</sup>. La doctrine grecque critique le caractère dépassé et le manque d'un plan cohérent d'ensemble de ces dispositions pénales de droit spécial, ainsi que leur caractère souvent "en blanc" (p.ex. pour la pénalisation de l'inobservation de la part des dirigeants sociaux des injonctions administratives visant à rétablir la légalité dans le cadre de l'AE -art. 57 cas e L 2190/1920), d'une constitutionnalité douteuse<sup>907</sup>. La jurisprudence grecque – à la différence de celle française – est très restrictive en ce qui concerne l'admission de la constitution comme partie civile des actionnaires contre les dirigeants dans les cas d'infractions pénales de ces derniers contre la société ; a fortiori on devrait considérer que la jurisprudence exclut l'exercice de l'action civile par des tiers intéressés dans la marche de l'entreprise sociétaire<sup>908</sup>. Par contre, à la différence du droit français, la conception dominante grecque admet la possibilité pour les associés d'exonérer à l'unanimité les dirigeants sociaux de leur responsabilité pénale pour des actes pouvant constituer le délit d'apistia, les associés étant de la sorte réputés les « propriétaires » du patrimoine social lésé – une solution qui ne

---

avec réclusion jusqu'à dix ans. Selon l'art. 390 PK, quiconque provoque avec dol un dommage au patrimoine d'autrui, dont il avait sur le fondement de la loi ou d'un acte juridique la gestion ou diligence (totale ou partielle ou pour un acte déterminé) est puni avec un emprisonnement d'au moins trois mois (entendu jusqu'à cinq ans). Toutefois, si le dommage provoqué par l'apistia dépasse les 15.000 euros, l'auteur est puni avec réclusion jusqu'à dix ans. Pour l'hypexaireci et l'apistia (et l'interprétation restrictive de cette dernière) v. I. Mylonopoulos (en grec) « Droit pénal. Partie spéciale – Les infractions contre la propriété et le patrimoine », éd. P. N. Sakkoulas, 2006, 2e édition, p. 148 suiv., 624 suiv. et plus particulièrement pour l'apistia I. Markou (en grec) « Problèmes fondamentaux du droit des sociétés » in Mélanges K. Pamboukis 2003, p. 235. V. aussi art. 19, 20 L2523/1997 sur la responsabilité pénale du maître de l'affaire d'une société fictive pour l'émission de factures fictives par le biais de cette société et plus généralement sur la responsabilité pénale des dirigeants ou associés pour évasion fiscale de leurs sociétés et art. 93 suiv. du Code d'imposition du revenu pour la responsabilité pénale des dirigeants pour infractions fiscales, ainsi que l'art. 176 du Code des faillites sur la responsabilité pénale des dirigeants des personnes morales- donc des sociétés- pour des infractions dans le cadre de la faillite de la personne morale. V. sur l'ensemble de la question de la responsabilité pénale des dirigeants des AE N. Rokas, manuel précité, p. 338.

<sup>906</sup> V. sur ce dispositif N. Livos in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), 1e édition 1992, t. 1, p. , L. Margaritis-K. Hadjikonstanti ibid, 2e édition, 2005, t. 7, p. 371 suiv., N. Livos in « Droit de l'EPE » (dir. E. Perakis), p. 117 suiv. V. aussi plus généralement sur l'ensemble du « risque pénal » des administrateurs des AE P. Karamanolis in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 3, p. 179, 186.

<sup>907</sup> K. Pamboukis « Droit de la société anonyme », fasc. 1, p. 83.

<sup>908</sup> Ainsi p. ex. Areios Pagos 725/2004, Delt. AE et EPE 2005, p. 108.

prend pas en compte les autres intérêts impliqués dans la vie de l'AE, structure typiquement de l'entreprise importante – bien que l'exigence de l'unanimité constitue une garantie<sup>909</sup>.

### C. « Dépénalisation » et régulation en droit des sociétés

La pénalisation du droit des sociétés fait les dernières années l'objet d'un débat important, notamment en France<sup>910</sup>. Pour un courant doctrinal important, soit la sanction pénale n'offre rien dans la vie des sociétés, car elle est inefficace, soit elle complique inutilement les choses, en constituant un risque pénal venant s'ajouter aux autres risques encourus par les dirigeants d'entreprises. Selon ce même courant de pensée, la pénalisation excessive du droit des sociétés brouille la distinction entre ce qui est et ce qui n'est pas vraiment blâmable, en portant ainsi atteinte au prestige et à l'effectivité du droit pénal. Le législateur français a accepté dans une large mesure ces considérations, en amorçant un processus de dépénalisation en droit des sociétés, avec souvent remplacement de la sanction pénale par des injonctions de faire judiciaires prononcées sous la forme de référé (v. supra). Du côté grec de la comparaison, le législateur grec a procédé en 1994 à une large dépénalisation en matière des EPE, jugée toutefois par la doctrine grecque comme maladroite et posant des problèmes du point de vue de l'impératif constitutionnel d'égalité<sup>911</sup>. La réforme de 2007 du droit des AE ne s'est pas occupée du volet pénal de ce droit. Plus généralement, on pourrait considérer qu'une dépénalisation partielle du droit des sociétés serait heureuse, si elle contribue à focaliser la répression pénale sur ce qui est vraiment répréhensible dans la vie des sociétés à un degré justifiant d'intervention du législateur pénal<sup>912</sup>. Par contre, il nous semble utopique d'envisager une dépénalisation totale de la vie des sociétés au profit de mécanismes de régulation purement internes, les conflits d'intérêts dans la société et dans l'entité qu'elle soutient juridiquement, à savoir l'entreprise, ainsi que l'implication fréquente de l'intérêt général dans la vie des sociétés conduisant à la nécessité d'une présence de la menace pénale en la matière.

---

<sup>909</sup> V. sur ce sujet I. Mylonopoulos, op. cit., p. 639.

<sup>910</sup> Sur ce débat v. M. Delmas-Marty-G. Giudicelli-Delarge, p. 9 suiv., 781 suiv., J. Larguier – Ph. Conte, n° 5, M.-A. Frison-Roche « Les enjeux de la pénalisation de la vie économique », Dalloz 1997 (not. D. Schmidt « Le partage entre régulation interne et régulation externe des sociétés », p. 33), B. Bouloc « Faut-il réformer le droit pénal des sociétés? », Rev. soc. 2000, p. 199, Y. Guyon « De l'inefficacité du droit pénal des sociétés », Pouvoirs, 1990, p. 41.

<sup>911</sup> Parce que les mêmes infractions sont délits pour les AE et contraventions pour les EPE- v. en ce sens N. Livos in « Droit de l'EPE » (dir. E. Perakis), p. 1178.

<sup>912</sup> Ainsi M. Delmas-Marty - G. Giudicelli-Delarge, p. 9.



## CONCLUSION DU TITRE I

Dans les deux pays sous comparaison, la France et la Grèce, des blocs de règles d'ordre public jouent un rôle capital dans la structuration juridique de l'entreprise sous la forme de société. Cette structuration juridique des sociétés-entreprises a comme base des sources de droit supra-législatives (droits constitutionnels des deux pays, Convention Européenne des droits de l'homme, droit communautaire) constituant des limites à l'intervention impérative du droit en matière de sociétés, mais aussi, notamment pour les droits constitutionnels et le droit communautaire, chacun avec sa logique et ses finalités propres, des fondements de cette intervention. La CEDH et le droit communautaire sont d'ailleurs des facteurs majeurs de convergence entre le droit français et le droit grec et leurs ordres publics sociétaires.

La structuration juridique de la société-entreprise passe par la suite dans les deux pays sous comparaison par le rôle des grandes catégories du droit privé et de l'impératif en découlant en matière de sociétés : il s'agit des catégories du contrat et de la personnalité morale et de celles du droit des obligations et des biens dans leur relation avec les droits sociaux, de la distinction entre le droit civil et la commercialité. Cette entrée des grandes catégories du droit privé et de leur ordre public en droit des sociétés est source de différences importantes entre les deux droits sous comparaison et leurs ordres publics sociétaires, notamment pour ce qui concerne le contrat et la personnalité morale : conception d'abord unitaire et contractualiste pour toute société en droit français, avec les éléments essentiels de l'ordre public sociétaire du droit commun découlant de la définition de la société-contrat, « dualisme » du droit grec, avec la société anonyme échappant impérativement à la notion de contrat une fois constituée ; traditionnellement, intervention de l'administration grecque dans la constitution des sociétés anonymes (AE) comme personnes morales, avec contrôle de licéité et autorisation administrative, intervention toutefois aujourd'hui en recul net. Ce qui paraît sûr est que la catégorie du contrat ne suffit pas pour « décrire » juridiquement la réalité de la société - entreprise importante et son impératif ; elle est d'ailleurs évincée dans les sociétés unipersonnelles, en progrès dans les deux pays sous comparaison. Par contre, la catégorie de la personnalité morale est centrale pour l'acquisition d'une certaine autonomie et vie propre par la société-entreprise.

Les deux droits comportent par ailleurs des blocs importants de règles d'ordre public pour ce qui concerne les problèmes propres au droit des sociétés – financement, pouvoir, position juridique des associés, dissolution des sociétés –, des blocs de règles beaucoup plus renforcés bien sûr pour les sociétés de capitaux. L'objectif de cette intervention impérative est d'organiser les grands équilibres au sein de la société, mais aussi d'organiser les équilibres protégeant les créanciers sociaux. L'importance de ces questions pour l'intérêt général a amené le législateur grec à confier à l'administration grecque une tâche de surveillance de la vie de la société anonyme avec comme finalité le respect de la légalité. Pour ces problèmes propres au droit des sociétés et leur impératif, l'harmonisation communautaire a joué un rôle de convergence importante entre le droit français et le droit grec, une convergence qui est toutefois loin d'être absolue. La question la plus intéressante et la plus débattue est celle des finalités du pouvoir au sein des sociétés-entreprises importantes, question avec des implications juridico-politiques majeures. Les deux droits sous comparaison présentent par ailleurs une tendance commune vers le recul de l'impératif en matière de sociétés de droit commun (déclin du rôle de la notion de capital social et introduction de la SAS en droit français, reconnaissance de la possibilité de la prise de décisions à l'unanimité par les assemblées générales « statutaires » des AE et recul de l'intervention de l'administration en droit grec, assouplissement des conceptions traditionnelles sur l'impératif concernant la position juridique des associés pour les deux droits). Toutefois, malgré ce recul, ce serait faux de sous-estimer le rôle de l'ordre public en matière de sociétés de capitaux et, dans certains cas, dans les sociétés de personnes. D'autres branches du droit de l'entreprise avec leur impératif et leurs finalités exercent d'ailleurs leur influence sur le droit des sociétés en France et en Grèce (droit social, droit fiscal, droit des procédures collectives), et le droit pénal joue un rôle très important dans la défense de l'ordre public économique sociétaire, à des degrés différents dans les deux pays sous comparaison. Il semble toutefois que globalement le droit français et son ordre public sociétaire tiennent plus pleinement compte que ceux grecs de la réalité de la société-entreprise (p. ex rôle du comité d'entreprise dans la vie des sociétés, priorité au sauvetage de l'entreprise en matière de procédures collectives, indisponibilité des sanctions civiles et pénales contre les dirigeants sociaux par la collectivité des actionnaires).

Dans les deux pays sous comparaison, la France et la Grèce, le phénomène des montages sociétaires présente plusieurs points de rencontre et d'interaction avec l'ordre public sociétaire. Les blocs de règles d'ordre public structurant juridiquement la société-entreprise jouent un rôle majeur dans les choix des particuliers au sein des différents montages, tout en donnant d'autre part aux particuliers des motifs pour leur aménagement,

instrumentalisation ou même contournement. Les sources de droit supra-législatives présentent d'ailleurs une tendance à développer des effets horizontaux, tendance qui n'est pas sans impact en matière de montages sociétaires. D'autre part, l'instrumentalisation des sociétés dans le cadre des différents montages provoque une crise des conceptions sur la société-contrat et la société-personne morale. En tout cas, l'ordre public économique sociétaire demeure un facteur majeur dans l'environnement juridique des montages, notamment avec les dispositifs de sanctions dont il dispose. Toutefois, c'est largement par le biais de mécanismes de contrôle de licéité du droit commun que l'ordre public économique sociétaire appréhende le phénomène des montages, notamment pour ceux qui sont construits *ratione societatis* avec recours aux techniques contractuelles, chose qui fait ressortir des différences importantes entre le droit français et le droit grec : rôle majeur de la cause en droit français, qui ne se retrouve pas en droit grec, rôle des bonnes mœurs en droit grec, acceptions différentes des notions de simulation, de fraude et d'abus de droit. Des différences importantes se présentent ainsi pour ce qui concerne les sanctions pouvant être appliquées aux montages pour violation de l'ordre public économique sociétaire au niveau de droit commun, avec des divergences importantes pour le traitement des actes juridiques défectueux. Des différences importantes se présentent aussi entre les deux droits au niveau du droit des sociétés, avec des régimes différents des nullités des sociétés – donnée importante pour les montages instrumentalisant les sociétés elles-mêmes –, des vices de délibération sociales, de la responsabilité des dirigeants sociaux. La différence la plus caractéristique pour ce qui concerne les montages instrumentalisant les sociétés est le traitement différent par les deux droits des sociétés de capitaux fictives ou frauduleuses, autrement dit les deux qualifications les plus dangereuses pour les sociétés utilisées dans le cadre des différents montages : le droit français les considère nulles, sur le fondement des causes de nullité de la théorie générale du contrat, le droit grec exclut cette nullité, sur le fondement d'une interprétation très stricte du droit communautaire des nullités des sociétés de capitaux. Au lieu des actions en déclaration de fictivité ou de fraude du droit français, la jurisprudence et la doctrine grecques grec recourent à la notion d'abus de personnalité morale pour percer le voile de sociétés de capitaux artificiellement instrumentalisées dans le cadre de différents montages, le contenu de cette notion étant caractérisé par l'intention frauduleuse du maître de l'affaire, avec comme conséquence un certain rapprochement avec la conception subjective française sur la fraude.

## TITRE II: L'ORDRE PUBLIC ECONOMIQUE SOCIETAIRE AU SERVICE DU MARCHÉ

### Généralités

Les sociétés, typiquement formes juridiques de financement et de gouvernance des entreprises privées dans l'organisation juridiques desquelles l'ordre public joue un rôle important, ne peuvent que subir les conséquences des changements dans les relations entre les institutions fondamentales de l'économie capitaliste contemporaine que sont les entreprises et les marchés. Ces évolutions se répercutent bien sûr avec une intensité particulière sur le sens, l'orientation et l'étendue de l'ordre public économique sociétaire, avec le développement d'un ordre public économique sociétaire au service du marché, distinct de l'ordre public sociétaire du type classique. Il s'agit d'un corps de règles de droit impératif concernant l'organisation juridique des entreprises sous la forme de sociétés et destinées à servir principalement l'intérêt du marché, réputé identifié avec l'intérêt général. Ces corps de règles impératives ont aujourd'hui un rôle particulièrement important dans la vie sociétaire ; ils constituent par ailleurs un facteur d'importance majeure dans l'environnement juridique des montages sociétaires comme limite à l'autonomie privée.

### Le marché et le droit

La conception qu'on se fait du marché est particulièrement importante pour la relation qu'on voit exister entre le marché et le droit, et plus particulièrement le droit impératif, l'ordre public, notamment quand ce dernier se met au service du marché.

Le marché est défini par la théorie économique néoclassique dominante comme l'organisation économique fondée sur l'échange volontaire des biens et des services, de sorte que les décisions fondamentales dans une économie sont prises par le jeu libre et spontané de circuits d'échanges, sur le fondement de signaux des prix résultant de l'interaction de l'offre et la demande<sup>913</sup>. Les économistes néoclassiques ont dégagé un modèle idéalisé dit « de concurrence parfaite », en équilibre et « efficient », mais les questions du degré de pertinence de ce modèle pour la compréhension des marchés réels est âprement débattue même au sein de la théorie néoclassique<sup>914</sup>. D'autre part, d'un point

---

<sup>913</sup> Pour une définition du marché v. J.G.Stiglitz-C.E.Walsh-J.D.Laffay « Principes d'économie moderne », De Boeck 2007, 3ème édition, p. 10 suiv.

<sup>914</sup> Sur le modèle de « concurrence parfaite » et sa relation avec la réalité des marchés v. J.G.Stiglitz-C.E.Walsh-J.D.Laffay p. 24 suiv. V. aussi plus critique J.Stiglitz « Le triomphe de la

de vue historique, on doit constater que le phénomène de marché a pris plusieurs formes, en relation avec les données sociales, institutionnelles, technologiques et culturelles, mais aussi les rapports de forces de chaque époque<sup>915</sup>. Notre époque est ainsi celle d'un marché capitaliste, marqué par la division entre capital et travail, caractérisé par la présence de très grandes entreprises pouvant exercer une influence importante sur leur environnement et par la très rapide évolution technologique, ainsi que par la mondialisation des échanges et de la finance, cette dernière ayant acquis un rôle dominant dans cette configuration particulière contemporaine du marché.

Les relations du droit avec le marché sont multiples et d'une extrême importance. Tout d'abord, le marché n'est pas un phénomène de la nature, mais un phénomène social, une création humaine dans laquelle le droit et les institutions ont un rôle important, du moins si l'on échappe au niveau primitif d'échange : le marché suppose ainsi une certaine égalité entre personnes échangeantes, la reconnaissance de droits de propriété, la force obligatoire du contrat et, après un certain degré de développement, l'existence d'une monnaie fiable, l'organisation de personnes morales et plus généralement l'existence d'un cadre institutionnelle favorable. Le marché a par conséquent des conditions institutionnelles et juridiques sine qua non pour son existence et développement. Ce serait en plus réducteur de ne voir dans le droit qu'une simple « suprastructure » ou un simple épiphénomène du marché et plus généralement de l'économie, car le droit a aussi des racines dans le politique et l'idéologique largement conçus, des facteurs eux-mêmes importants pour l'apparition et le développement d'économies et de sociétés de marché. D'autre part, le marché est bien sûr un facteur important dans l'évolution du droit, par le biais de l'émergence de coutumes, d'usages mais aussi par le biais de la pratique contractuelle. Le droit n'a pas toutefois un rôle seulement comme fondement du marché, il a aussi un rôle important dans la régulation de celui-ci, car le marché n'est pas un système miraculeusement auto-régulé : les dangers d'abus sont omniprésents sur les marchés, soit comme abus dans les relations de confiance nécessaires pour leur fonctionnement, soit comme crises d'engouement spéculatif et de bulles nourris par des pratiques malhonnêtes, soit comme possibilité de « concurrence par le bas », avec profits privés et coûts sociaux. Plus généralement, on ne doit pas oublier que le marché réel – et notamment le marché capitaliste – n'est pas du tout incompatible avec l'existence du pouvoir privé, avec tous les

---

cupidité » LLL 2010. Pour une approche hétérodoxe et très critique face au modèle néoclassique v. B.Guerrien « L'économie néoclassique. Microéconomie », éd. La Découverte 2003

<sup>915</sup> Sur le marché comme construction historique et sociale et plus particulièrement sur la construction du marché dans le monde moderne v. l'ouvrage classique de K.Polanyi « La Grande Transformation », éd. française, Gallimard 2009.

risques de déséquilibres et d'injustices que cela peut signifier. Le droit a ainsi un rôle important dans l'effort d'organiser des équilibres souhaitables sur le marché, des équilibres qui ne naissent pas spontanément – bien qu'on puisse légitimement soutenir que les équilibres ainsi organisés par le droit sont toujours instables et temporaires face à la dynamique –pour le bon et pour le mauvais- du capitalisme.

Les trente dernières années ont été marquées par une conception maximaliste du marché, selon laquelle ce dernier, devant être libéré de toute « entrave », serait destiné à dominer, selon un processus de « sélection naturelle », à peu près toute relation sociale. La relation de cette vision du « marché libre » avec la réalité et sa pertinence pour la compréhension des marchés réels sont bien sûr très discutables. Dans ce contexte, des juristes ont cru voir s'installer fatalement une relation « ancillaire » du droit par rapport au marché<sup>916</sup>. Selon ce point de vue, les progrès du marché donnent naissance à de nouvelles branches du droit – droit de la concurrence, droit des marchés financiers – en rupture avec la logique juridique traditionnelle, empreintes de conceptions économiques ; en plus, le droit lui-même devient objet de concurrence internationale, dans la mesure où les droits nationaux comptent dans la concurrence que se font les différents pays pour attirer les capitaux de la finance mondialisée. On aboutirait ainsi à un monde où le système du marché – système clos, autosuffisant et impérialiste – parviendrait à renverser la relation du droit avec son objet, l'objet du droit –le marché- étant désormais celui qui dicterait par sa propre logique le droit. La grande crise que nous traversons a toutefois montré que le marché capitaliste n'est pas un système sans contradictions, et le renouveau du rôle de la politique dans la régulation du marché va de pair avec la reconnaissance du rôle régulateur du droit. Pour généraliser, il n'y a pas « le » modèle de marché, mais plusieurs modèles de marché possibles, chacun s'intégrant dans un ensemble plus vaste de rapports de force, de propriété, de pouvoir, d'institutions, de valeurs et de finalités sociales, des systèmes de marché non capitalistes étant même imaginables pour l'avenir<sup>917</sup>. Le rôle du droit –et, derrière lui, du politique, du social et du philosophique- dans cette intégration du marché à l'ensemble sociétal plus vaste demeure bien sûr crucial.

---

<sup>916</sup> Ainsi notamment M-A. Frison-Roche « Le modèle de marché », Archives de Philosophie du droit, 1995, p. 287 suiv, M.Boizard « La distinction entre droit des sociétés cotées et non cotées comme *summa divisio* du droit des sociétés » thèse Paris II, ce dernier auteur parlant même d'« omnipotence » de l'idée du marché (n°86).

<sup>917</sup> Sur la pluralité des modèles de marché v. G.Farjat « Pour un droit économique », PUF 2004, p. 223. Pour un point de vue synthétique sur le marché v. Ch. Lindblum « The Market Model », Yale University Press, 2001. Pour des modèles de marché post-capitalistes v. A. Nove « The Economics of Feasible Socialism », Routledge 1992, Th. Burczack « Socialism after Hayek », University of Michigan Press 2006.

En tout cas, on ne devrait pas confondre droit du marché et droit supplétif ou « non droit », car, comme nous avons suggéré ci-dessus, aucun modèle de marché développé ne pourrait fonctionner sans un dispositif de règles et même de règles impératives – d'ordre public – que le droit lui impose soit pour garantir le fonctionnement souhaitable du marché, soit pour diminuer l'insécurité dans les transactions. Le « retour du marché » des trente dernières années, malgré toutes ses « déréglementations », n'a pas ainsi été suivi par un retour pur et simple au droit civil classique avec son minimum d'ordre public et l'idéal d'un maximum de liberté contractuelle. Si la liberté contractuelle a gagné du terrain dans plusieurs domaines, une nouvelle génération d'ordre public économique a fait son apparition dans certains autres domaines cruciaux de la vie économique, comme les marchés financiers, mais aussi en ce qui concerne l'organisation de la libre concurrence<sup>918</sup>. Il s'agit d'un ordre public économique parfois très technique qui n'a pas fait reculer globalement le volume de la réglementation ; comme nous l'avons vu, sa finalité est de servir l'intérêt du marché comme celui-ci existe aujourd'hui, intérêt réputé identifié avec l'intérêt général. Il utilise d'ailleurs des techniques différentes de celle de l'ordre public classique. Cet ordre public économique au service du marché exerce aujourd'hui une influence particulièrement importante sur l'organisation juridique des entreprises sous la forme de sociétés, de sorte que l'on peut parler de l'émergence d'un ordre public économique sociétaire du marché ou au service du marché. D'où la rencontre sur le terrain des sociétés de dispositifs d'ordre public de provenances différentes et avec des finalités et logiques différentes.

### **L'entreprise et le marché**

Selon le point de vue que nous avons adopté, les sociétés constituent typiquement des formes juridiques de financement et de gouvernance de l'entreprise capitaliste, cette dernière étant une organisation économique et sociale complexe, unité de base de l'activité économique. Si l'entreprise s'active sur le marché, les relations à son intérieur ne s'organisent pas selon le modèle de marché, mais sur les logiques de coopération et d'autorité, avec un rôle central du pouvoir économique (pouvoir de direction, qui répartit et coordonne les tâches). Ce point de vue se démarque de la conception néoclassique traditionnelle de l'entreprise, selon laquelle cette dernière n'est qu'une « boîte noire », avec une connaissance parfaite de son environnement, pouvant maximiser son profit en combinant de manière absolument rationnelle et optimale les différents « facteurs de production » selon leurs prix sur le marché ; il se démarque aussi des théories

---

<sup>918</sup> Sur ce nouvel ordre public au service du marché v. M.M.M.Salah « Les transformations de l'ordre public économique : vers un ordre public économique régulateur? » in Mélanges G.Farjat, p. 261.

microéconomiques d'inspiration de l'Ecole de Chicago, ces dernières voyant essentiellement l'entreprise comme un marché, exprimé par un « noeud de contrats » entre les différents participants. Malgré leurs différences, ces approches ont comme point commun d'ignorer la spécificité de l'organisation et du pouvoir économiques et les problèmes particuliers que ces phénomènes cardinaux posent<sup>919</sup>. Sur le plan juridique, les deux expressions principales de l'entreprise sont la société et le contrat de travail, la recherche d'équilibre dans l'entreprise amenant à leur régulation juridique, souvent impérative, si les rapports de force l'imposent, car des équilibres souhaitables ne s'établissent pas spontanément au sein de cette dernière. C'est sous cet angle que nous avons abordé l'ordre public économique sociétair de droit commun, avec comme thèmes centraux ceux du financement et du pouvoir dans l'entreprise, au-delà des différentes catégories juridiques impliquées.

Toutefois, le marché n'est pas seulement une contrainte extérieure, l'environnement dans lequel s'active l'entreprise: il a aussi la tendance de pénétrer l'entreprise elle-même et les mécanismes sociétaires, notamment par l'importance des marchés financiers pour le financement des sociétés, mais aussi par les impératifs du droit de la concurrence<sup>920</sup>. Cette tendance s'inscrit bien sûr dans un environnement plus général de « triomphe du marché » (ou d'une certaine conception sur le marché) que nous avons présentée ci-dessus. Mais, d'une part, on ne doit pas perdre de vue que la « subordination » des entreprises aux marchés est relative, car les entreprises demeurent de très grands acteurs sur les marchés, avec souvent des pouvoirs d'influence considérables, les marchés réels étant très loin des « marchés parfaits » de la théorie ; d'autre part, la configuration particulière actuelle des relations entre les entreprises et les marchés n'est pas le fruit d'un processus naturel mais le produit de la convergence d'une série de facteurs politiques, sociales, idéologiques, technologiques, tous des facteurs qui ne demeurent pas stables. La crise que nous traversons va poser peut-être avec acuité la question du choix entre différents « projets d'entreprise », avec comme une des composantes essentielles du débat celle de la relation entre l'entreprise et le marché, notamment le marché financier.

Ce qui est aujourd'hui sûr est en tout cas que l'organisation sociétair des entreprises subit l'influence de deux droits expressément destinés à servir une certaine conception sur

---

<sup>919</sup> Sur la théorie du « noeud de contrats » v. supra. Selon l'article précité fondamental pour cet approche des A.Alchian-H.Demsetz la banalité du phénomène de l'entreprise est telle qu'il n'y aurait pas de différence de nature entre l'ordre que reçoit un salarié dans le cadre hiérarchique de l'entreprise et la commande que passe un consommateur à son épicier. Le même courant nie par ailleurs farouchement la possibilité d'influence de l'entreprise sur son environnement et la possibilité de positions de monopoles privés stables.

<sup>920</sup> M.-A. Frison-Roche « Droit économique, concentration capitalistique et marché », in Mélanges G. Farjat, éd. Paris-Frison-Roche, p. 397, not. p. 401 suiv.



le marché, à savoir le droit financier et le droit de la concurrence. L'organisation juridique de l'entreprise par le droit des sociétés reçoit l'influence de ces deux branches par excellence de droit de marché, en plus toutes deux marquées par la présence d'un important ordre public économique, les deux droits en cause formant ainsi les deux piliers d'un ordre public sociétaire du marché, destiné à garantir le bon fonctionnement des sociétés selon les impératifs du marché. Bien sûr, les sociétés pénétrées par l'ordre public des marchés financiers et contrôlées par l'ordre public de la concurrence demeurent des structures juridiques d'entreprises – on pourrait même dire d'entreprises par excellence, à cause de leur taille ; mais la symbiose dans les structures sociétaires de l'ordre public sociétaire de l'entreprise et de l'ordre public sociétaire du marché présente des particularités et des problèmes intéressants ou même des conflits de finalités. Cet ordre public économique sociétaire de marché pourrait ainsi d'abord être compris comme un droit « spécial » par rapport à l'ordre public sociétaire ordinaire, celui avec comme noyau le droit impératif des sociétés : c'est ce dernier, l'ordre public sociétaire de type classique qui est le droit commun de l'organisation juridique sociétaire des entreprises ; l'ordre public économique sociétaire du marché viendrait ajouter des obligations ou des interdictions supplémentaires concernant cette organisation, ajoutant aux prescriptions « de base » de l'ordre public sociétaire « classique », quand l'intérêt du marché l'impose. On peut toutefois d'autre part remarquer que l'ordre public économique du marché a une logique propre différente de celle du droit des sociétés, qu'il a un dynamisme intérieur tendant même à un impérialisme certain, de sorte qu'il ne peut pas être cantonné au rôle du droit spécial, que le droit de la concurrence se taille une vocation universelle, ne se souciant pas par ailleurs des catégories du droit des sociétés, que les relations entre le droit des sociétés et le droit des marchés financiers sont débattues et incertaines<sup>921</sup>. La première approche – celle d'une relation entre « droit commun » et « droit spécial » de l'organisation juridique sociétaire- tend à une version « irénique » des relations entre les deux ordres publics agissant en matière de sociétés ; la seconde, plus conforme semble-t-il à la réalité, souligne les différences entre ces deux ordres publics – celui classique, du droit des sociétés et celui au service du marché, recherche des relations de complémentarité entre elles, mais elle est aussi sensible aux points de conflit entre leurs logiques différentes. Ce qui est sûr d'autre part est que l'émergence d'un ordre public économique sociétaire du marché est un facteur important de convergence entre le droit économique français et celui grec, à cause des conceptions

---

<sup>921</sup> Sur cette question v. M.Boizard, thèse précitée, nos 100 suiv. Sur le refus d'une autonomie du droit financier par rapport au droit civil v. A.Couret-H.Le Nabasque et alii « Droit financier » Dalloz 2008, n°8. Sur l'originalité des échanges sur les marchés financiers v. A-C. Muller « Droit des marchés financiers et droit des contrats », *Economica* 2007, préface H.Synvet.

économiques communes qui les sous-tendent. De la sorte, on ne retrouve pas dans le domaine de l'ordre public économique sociétair du marché les différences assez profondes que nous avons rencontrées entre les conceptions françaises et grecques sur le phénomène sociétair et, partant, dans une large mesure, sur son ordre public. Mais cela ne signifie pas que des différences intéressantes n'existent pas en matière de l'ordre public économique sociétair de marché entre le droit français et le droit grec. D'où le besoin d'une approche plus approfondie de cet ordre public sociétair d'importance juridico-économique aujourd'hui capitale – l'ordre public sociétair du marché – dans les deux pays sous comparaison.

### **L'ordre public « régulateur » ou du marché, le droit des sociétés et les montages**

D'un point de vue plus général, l'émergence d'un ordre public économique sociétair du marché s'intègre aux transformations plus profondes de l'ordre public économique en France et en Grèce. La doctrine française s'est efforcée de théoriser ces transformations par le recours à la distinction entre « réglementation » et « régulation », une distinction qui a trouvé une certaine consécration en droit français<sup>922</sup>. La « réglementation » est conçue comme l'impératif classique de provenance étatique, souvent de prépondérance de droit public, exprimant une certaine méfiance à l'égard du jeu du marché et de la concurrence (bien qu'historiquement son rôle ait été dans les pays occidentaux non pas de renverser mais de consolider le capitalisme, même en le restreignant), son respect étant confié au juge, mais aussi largement à l'administration, avec une marge importante de pouvoir discrétionnaire reconnue à cette dernière. Ce modèle de réglementation correspond largement à l'ordre public de protection et surtout de direction développé beaucoup en France durant la période des « Trente Glorieuses » (1945-1975). Par contre, le modèle de « régulation », tendance internationale ayant sa source aux traditions anglo-saxonnes, s'inspire d'une conception plus confiante aux capacités du marché capitaliste et méfiante face au pouvoir exécutif classique, tout en considérant d'autre part que les conditions de fonctionnement normal du marché ne se produisent pas et ne se maintiennent pas spontanément (c'est pourquoi régulation ne signifie pas autorégulation du marché). La surveillance de ce bon fonctionnement du marché est ainsi soustraite à l'Etat classique, pour être confiée à des autorités indépendantes ou régulateurs à forte composante professionnelle, censées offrir davantage de garanties d'impartialité et être plus à l'écoute

---

<sup>922</sup> M.-A. Frison-Roche « Le droit de la régulation », Chr. Dalloz 2001, p. 610, L. Boy « Réflexions sur le « droit de la régulation » – à propos du texte de M.-A. Frison-Roche », Chr. Dalloz 2001, p. 3031, M. M. M. Salah « Les transformations de l'ordre public économique: vers un ordre public régulateur? » in Mélanges, G. Farjat, p. 261.

des besoins du marché. Ces autorités cumulent souvent les pouvoirs normatifs, de prise de décision individuelle et d'imposition de sanctions, en posant ainsi le problème des limites de leurs pouvoirs et celui de leur contrôle judiciaire. Il s'agit peut-être de la caractéristique principale de l'ordre public économique sociétair du marché que les sociétés les plus importantes se trouvent sous la surveillance de ces autorités indépendantes – notamment des autorités des marchés financiers et de la concurrence, mais aussi les autorités de surveillance des secteurs relativement récemment ouverts à la concurrence (télécommunication, énergie, médias) auxquels est par excellence appliqué de modèle de la régulation<sup>923</sup>. En droit grec, on ne retrouve pas la distinction entre « réglementation » et « régulation », qui n'existe pas d'ailleurs en grec. Toutefois, les traits caractéristiques d'un changement de modèle par le recul de la « réglementation » (selon la terminologie française), dans le passé beaucoup développée en Grèce, et les progrès de la « régulation » (selon toujours la terminologie française) se retrouvent dans la réalité juridique grecque, avec un impact certain sur la vie des sociétés. Se retrouve notamment le progrès de la délégation de la surveillance de secteurs économiques et de la concurrence libre à des autorités plus ou moins indépendantes, comme c'est la tendance générale dans les pays occidentaux, pour les mêmes raisons que nous avons vues dans le cas français, mais aussi par un certain « effet de mode »<sup>924</sup>. Toutefois, la réforme de 2001 de la Constitution grecque n'a pas consacré comme constitutionnellement garanties les autorités « régulatrices », à la différence de celles concernant la protection des droits individuels. La doctrine privatiste grecque est positive à l'égard des autorités indépendantes et de leur rôle dans l'économie – mais des spécialistes du droit public ont émis des doutes à leur égard quant aux problèmes qu'elles peuvent poser au principe démocratique, en soustrayant aux autorités démocratiquement légitimées des pouvoirs au profit d'une sorte de « gouvernement des sages »<sup>925</sup>. En tout cas, l'ordre public du marché est devenu un facteur de première taille dans la vie des sociétés importantes en France et en Grèce – évolution d'autant plus significative que l'impératif sociétair « classique » se trouve en recul. Il régule plusieurs opérations sociétares particulièrement importantes – prise de contrôle, restructurations – mais aussi les relations entre la société et les associés et les devoirs des

---

<sup>923</sup> V. Sur cette question les articles précités de M.-A. Frison-Roche et de L. Boy et les travaux du colloque publiés in *Les Petites Affiches* du 3 juin 2002, n° 110.

<sup>924</sup> « L'indépendance » des autorités indépendantes. Problématique et espoirs d'une nouvelle institution », ouvrage collectif, sous la direction de Ph. Koziris - S. Megglidou, ed. A. N. Sakkoula 2003.

<sup>925</sup> Ainsi I. Kamtsidou « Réflexions sur les dimensions institutionnelles et politiques de l'indépendance des autorités administratives indépendantes » in « Les autorités indépendantes », p. 141.

dirigeants sociaux – toujours avec critère principal le bon fonctionnement du marché. Néanmoins, l'évolution de cet ordre public économique sociétaire du marché est peut-être aujourd'hui de nouveau incertaine, à cause des bouleversements provoqués par la crise économique actuelle, des bouleversements posant de nouveau la question du rôle respectif de l'Etat et du marché, ainsi que des modalités d'intervention de l'Etat. Ce qui est sûr est d'autre part que l'étude de l'ordre public économique sociétaire au service du marché constitue un préalable nécessaire pour la compréhension de l'environnement juridique des montages sociétaires dans les deux pays sous comparaison.

Si la finalité particulière de l'ordre public économique régulateur qui est au service de l'intérêt du marché et la mission de garantir cet intérêt confiée aux autorités du marché sont les caractéristiques fondamentales de l'ordre public économique régulateur, il ne s'agit pas des seules caractéristiques particulières importantes de cet ordre public. La physionomie particulière de l'ordre public économique sociétaire du marché devient plus claire si l'on le compare avec le droit classique des sociétés, sur lequel le droit du marché influe pour ce qui concerne l'organisation juridique des entreprises. Le droit des sociétés et son ordre public demeurent ainsi largement assez classiques, exprimant une logique juridique traditionnelle pour laquelle le droit organise conceptuellement le réel selon des catégories et notions juridiques permettant d'appréhender les faits et de leur attribuer des conséquences juridiques<sup>926</sup>. L'ordre public économique du marché se réfère quant à lui par définition largement à un système de notions de provenance extra-juridique, en puisant ses racines dans des conceptions économiques. Par conséquent, l'ordre public économique régulateur tel qu'entendu aujourd'hui relativise beaucoup l'autonomie du système juridique – bien qu'il soit excessif d'y voir les « faits » imposer leur nécessité au droit : comme nous l'avons vu ci-dessus, on peut concevoir plusieurs modèles de marché et le marché n'est pas un système clos, sans faille et autoréférentiel, imposant inexorablement ses impératifs au droit. D'autre part, le droit du marché et son ordre public expriment un réalisme, tendant à appréhender la réalité derrière la forme juridique, dans la mesure où cela est nécessaire pour le bon fonctionnement du marché<sup>927</sup>. Cela n'est pas sans importance pour la notion centrale en droit des sociétés de la personnalité morale de ces dernières et ne laisse pas sans impact les diverses constructions sociétaires qu'on pourrait qualifier de montages.

---

<sup>926</sup> Sur la relation entre le droit et le fait pour le système juridique en général et pour le droit du marché v. M.Boizard, thèse précitée, n°62.

<sup>927</sup> Sur le réalisme du droit des marchés financiers en général v. N.Rontchevsky-M.Storck-J-P.Storck « Le réalisme du droit des marchés financiers », Mélanges D. Schmidt, Joly éditeur 2005, p. 425. Plus particulièrement sur ce réalisme dans ses conséquences sur la personnalité morale des sociétés v. M.Boizard, p. 337 suiv.

Autre différence, selon la conception française l'ordre public du droit des sociétés est réputé en principe un ordre public de protection -notamment des actionnaires minoritaires et des créanciers sociaux<sup>928</sup>. Par contre, avec l'ordre public économique du marché et son impact sur le droit des sociétés, c'est principalement d'un ordre public de direction dont il s'agit : ce qui intéresse principalement en la matière est le bon fonctionnement du marché concurrentiel<sup>929</sup>. Cela n'exclut pas toutefois la coexistence avec un aspect d'ordre public de protection, notamment en matière de droit des marchés financiers (v. infra). En ce qui concerne les moyens de contrôle et les sanctions de l'ordre public économique régulateur, ce dernier ne se borne aucunement au jeu classique du droit commun avec comme sanction principale la nullité des actes juridiques violant ses prescriptions impératives. D'une part, l'ordre public économique régulateur impose, plus souvent que le droit français des sociétés ou le droit grec du droit des sociétés anonymes après la réforme en 2007 (v. supra), des contrôles ex ante de régularité de certaines opérations juridiques pouvant avoir une influence sur le bon fonctionnement du marché (par exemple introduction à la Bourse, offres publiques d'acquisition, concentration). Pour ce qui concerne les sanctions ex post de comportements et opérations irrégulières, on trouve, outre la possible nullité d'actes juridiques pour opposition à l'ordre public économique du marché, la présence d'un arsenal imposant des sanctions administratives, à la disposition exactement des autorités des marchés ayant le rôle de garant de l'ordre économique régulateur. En dehors des sanctions, l'ordre public économique sociétair du marché a dans certains cas le pouvoir exorbitant au droit commun d'imposer sous certaines conditions des obligations de contracter à des termes contrôlés (offres publiques d'acquisition et de retrait obligatoire) ou même l'expropriation d'actionnaires ultraminoritaires (squeeze-out), si l'intérêt du marché impose ces démarches (v. infra). La possibilité de nullité des actes juridiques si l'intérêt du marché l'impose et s'il y a opposition avec l'ordre public régulateur, l'arsenal redoutable de sanctions administratives, l'éventualité d'imposition d'obligations positives de contracter - tous ces paramètres ont bien sûr des conséquences certaines dans l'environnement juridique des montages sociétaux.

Suivant la distinction entre les deux branches les plus importantes du droit du marché exerçant leur influence sur l'organisation sociétair des activités économiques – le droit financier et le droit de la concurrence – nous allons aborder en premier lieu l'ordre public économique sociétair des marchés financiers (Chapitre I) et ensuite l'ordre public économique sociétair de la concurrence (Chapitre II)

---

<sup>928</sup> M.M.M.Salah, article précité n°13, M.Boizard, n° 50.

<sup>929</sup> M.M.M.Salah, n° 12 suiv., M.Boizard, n° 30.

## **CHAPITRE I: L'ORDRE PUBLIC ECONOMIQUE SOCIETAIRE DES MARCHES FINANCIERS**

Manifestation principale de la particularité plus générale de l'ordre public régulateur, la particularité de l'ordre public économique sociétaire des marchés financiers est telle, qu'il devienne nécessaire d'aborder sa physionomie en général (Section I), avant d'entrer dans l'approche des grands thèmes de son intervention (Section II).

### **Section I: La physionomie particulière de l'ordre public sociétaire des marchés financiers<sup>930</sup>**

La physionomie de l'ordre public sociétaire des marchés financiers est déterminée par deux facteurs: le premier facteur est celui des finalités de cet ordre public, qui bien sûr est au service du marché, mais de ce marché très particulier qu'est le marché financier (§ 1). Le second facteur de particularité de l'ordre public sociétaire des marchés financiers se trouve dans les organes auxquels est confié son respect – leur nature étant telle qu'on puisse parler d'un prolongement de l'ordre public par un ordre privé des marchés financiers (§ 2).

#### **§ 1. Les finalités de l'ordre public sociétaire des marchés financiers**

---

<sup>930</sup> Bibliographie générale française sur le droit des marchés financiers Th. Bonneau-Fr. Drummond « Droit des marchés financiers », Economica 2005, 2e édition, A. Couret-H. Le Nalasse (dir) «Droit financier», Précis Dalloz, 2008, P. Didier «Droit commercial», t. 3, «La monnaie. Les valeurs mobilières. Les effets de commerce », PUF 1999, 3e édition, G. Ripert-R. Roblot «Traité de droit commercial», t. 2, 2000, 16e édition (par M. Germain - Ph. Delebecque), H. de Vauplane - J. P. Bornet « Droit des marchés financiers», Litec 2001, 3e édition. Bibliographie en grec: D. Avgitidis «La société anonyme cotée», Nomiki Vivliothiki 2008 (2e édition 2012), L. Georgakopoulos «Droit boursier et bancaire», éd. Ant. N. Sakkoula 1999, M. Kordi-Antonopoulou «Le cadre juridique des marchés d'instruments financiers», éd. Sakkoulas, 2008.

## A. L'ordre public des marchés financiers et les sociétés

Avec l'introduction d'une société à la Bourse – aujourd'hui « marché réglementé d'instruments financiers »-, ses droits sociaux, obligatoirement dématérialisés en France et en Grèce (v. supra sur les titres dématérialisés dans les deux pays), deviennent l'objet d'un marché secondaire particulier, organisé afin que l'offre et la demande sur ces droits sociaux s'ajustent au mieux et que s'effectue le plus grand nombre possible de transactions, un marché destiné à se rapprocher autant que possible de l'idéal du marché parfait (avec équilibre et « optimalité ») des économistes néo-classiques. Le marché financier secondaire a historiquement comme finalité de permettre la liquidité des investissements effectués sur le marché financier primaire, celui de l'émission des titres, finalité particulièrement importante car la liquidité – la possibilité de transformer vite et sans grands frais le titre de nouveau en argent, si possible avec plus-value – est une préoccupation essentielle des investisseurs. Le marché financier secondaire joue ainsi un rôle indirect mais capital dans le rassemblement de l'épargne public par les entreprises. Mais aujourd'hui le marché financier secondaire dépasse largement le rôle d'institution facilitant le financement des entreprises pour acquérir aussi un rôle capital dans le gouvernement des sociétés cotées, avec comme conséquence un déplacement important du pouvoir au sein de ces dernières (v. infra sur cet aspect). Aussi bien dans la tradition française que dans celle grecque, et malgré les différences historiques quant à l'organisation juridique des marchés financiers (v. infra), la Bourse –le marché financier secondaire de référence - est un marché de valeurs mobilières « réglementé » selon la terminologie française ou « organisé » selon celle grecque, à savoir reconnu par les pouvoirs publics, organisé par des règles impératives de provenance d'abord étatique ou du moins approuvées par l'Etat et soumis à une surveillance par des autorités publiques<sup>931</sup>. Ce marché est historiquement caractérisé en France et en Grèce par les obligations impératives d'intermédiation et de concentration –sauf exceptions- des

---

<sup>931</sup> Sur le rôle des autorités publiques et de l'ordre public financier dans la construction de l'institution boursière en France et le lien historique entre la notion de bourse et l'ordre public financier v. J.Méadel « Les marchés financiers et l'ordre public », LGDJ 2007, préface M.Germain, not. p.319 suiv. En Grèce, des « bourses » informelles d'actions se sont développées après la première moitié du XIX siècle surtout au sein de... cafés de l'époque (notamment dans « I Oraia Hellàs » - « La Belle Grèce » - à Athènes, initialement lieu de fermentation politique libérale contre l'absolutisme du premier roi –Allemand de naissance- de la Grèce indépendante Otto (1833 – 1862). C'est avec ce marché « boursier » que la Grèce a connu sa première bulle spéculative et le premier krach au début des années 1870. On ne peut toutefois parler de l'apparition d'un véritable marché boursier avec l'intermédiation et concentration obligatoires qu'avec la création et l'organisation par l'Etat grec de la Bourse d'Athènes en 1874, comme personne morale de droit public (v.infra), évidemment comme réaction à la bulle et crise qui l'ont précédée.

ordres constituant l'offre et la demande sur les titres cotés<sup>932</sup>. Une notion d'ordre public boursier se dégage par conséquent dans les deux pays – un ordre public avec ses caractéristiques propres, qui joue un rôle décisif pour le bon fonctionnement du marché boursier – ou même pour la construction de ce dernier, qui n'est pas un phénomène spontané dans sa forme développée<sup>933</sup>. Cet ordre public boursier vise à servir l'intérêt du marché financier secondaire identifié au bon fonctionnement de ce dernier et son importance est telle que la nature du marché boursier est traditionnellement réputée consister à son caractère de marché secondaire impérativement réglementé<sup>934</sup>. Le bon fonctionnement du marché financier est défini par un auteur français comme l'efficacité opérationnelle, mais aussi le fonctionnement équitable du marché, même le marché financier – champ par excellence de l'esprit du lucre- n'étant pas de la sorte dépourvue du besoin d'une certaine prise en compte de valeurs morales, si l'on veut lui garantir une légitimité sociale, une morale qu'on ne peut pas d'autre part confier aux seules actions spontanées des acteurs<sup>935</sup>. Les marchés financiers réglementés sont ainsi très loin de constituer des « paradis » de liberté contractuelle, et l'ordre public des marchés financiers est de la sorte un facteur principal dans l'appréciation de la licéité des montages sociétaires susceptibles d'influer sur le bon fonctionnement de ces marchés. Toutefois, comme conséquence de l'évolution du droit communautaire (directive 2004/39/CE), le marché boursier classique est aujourd'hui obligé de coexister avec des marchés parallèles, des systèmes alternatifs de négociation – systèmes de négociation multilatérale et d'internalisation présentant un moindre degré d'implication de l'impératif, avec suppression concomitante de l'obligation de la concentration à la Bourse de l'offre et de la demande sur les titres cotés. Il s'agit d'une évolution majeure, inspirée de conceptions anglo-saxonnes sur les marchés financiers et visant à établir une coexistence et concurrence entre marchés financiers réglementés et non réglementés<sup>936</sup>. Respectivement, il s'agit d'un bouleversement

---

<sup>932</sup> Sur la notion traditionnelle de marché boursier dans les deux pays v. P. Didier, t. 3, p. 233 suiv., L. Georgakopoulos « Droit boursier et bancaire », p. 20 suiv., 39 suiv. V. aussi Th. Liakopoulos (en grec) « Principes et perspectives du droit boursier », rapport au 9<sup>e</sup> Congrès des commercialistes grecs, 1999.

<sup>933</sup> Sur le rôle du droit dans l'organisation des marchés financiers v. H. Bouthinon-Dumas « Le droit des sociétés cotées et le marché boursier », thèse LGDJ, 2007, préface Ph. Didier, n<sup>o</sup> 31 suiv.. V. aussi plus généralement sur le droit et le marché M. Torre-Schaub « Essai sur la construction juridique de la catégorie du marché », thèse LGDJ, 2002, préface A. Lyon-Caen.

<sup>934</sup> Sur le rôle de l'ordre public comme caractéristique essentielle du droit des marchés financiers v. A. Couret-H Le Nabasque et alii n<sup>o</sup>7 et la thèse précitée de J. Méadel.

<sup>935</sup> J. Méadel, thèse précitée, p.21

<sup>936</sup> Sur les systèmes de négociation multilatérale et d'internalisation v. A. Couret-H. Le Nabasque et al., n<sup>o</sup>54 suiv. La directive MIF (art. 4, point 15) définit la système multilatéral de négociation comme un mécanisme de marché « exploité par une entreprise d'investissement de



de la conception traditionnelle française et grecque sur la notion de marché boursier, bouleversement qui a amené un auteur français de parler de la « fin des bourses »<sup>937</sup>. Ce qui est sûr est que la suppression de l'obligation de concentration redéfinit dans les deux pays sous comparaison la notion de marché réglementé<sup>938</sup>. Elle va d'ailleurs de pair avec un recul de l'ordre public financier – bien que les systèmes multilatéraux de négociation ne soient pas exempts de toute réglementation impérative de leur fonctionnement<sup>939</sup>. Pourtant, pour une partie de la doctrine française, la fragmentation du marché en résultant peut engendrer des risques concernant aussi bien la protection des investisseurs les plus faibles et l'égalité de leur traitement que l'efficacité et le bon fonctionnement des marchés financiers en général<sup>940</sup>. Malgré ce bouleversement et l'émergence d'une nouvelle

---

marché ou un opérateur de marché qui assure la rencontre en son sein même et selon des règles non discrétionnaires de multiples intérêts acheteurs et vendeurs exprimés par des tiers pour des instruments financiers, d'une manière qui aboutisse à la conclusion de contrats conformément au Titre II ». V. pour le droit français les art. L424-1 suiv. C.mon.fin. et pour le droit grec 2 par. 1 L3606/2007. L'internalisation est définie par la doctrine française – à défaut d'une définition expresse dans la directive – comme le dispositif consistant pour un intermédiaire à exécuter des ordres de bourse de ses clients en dehors du marché de cotation principale du titre concerné, soit en mettant face à face ses clients, soit en se mettant lui-même contrepartie. Sur les problèmes conceptuels posés par l'internalisation v. A. Couret-H. Le Nabasque et al. nos 82 suiv. V. aujourd'hui art. L425-1 suiv. C.mon.fin. sur la définition et le régime des internalisateurs systématiques en droit français et pour le droit grec 2 par. 1 L3606/2007. Aujourd'hui sont réputés systèmes multilatéraux de négociation les marchés non réglementés gérés par les entreprises de marché en France et en Grèce («Marché libre » et « Alternext » en France, ENA en Grèce), tandis que les systèmes multilatéraux de négociation gérés par des entreprises d'investissement n'ont pas pour le moment un grand développement.

<sup>937</sup> J-J Daigre « La fin des bourses », Revue de droit bancaire et financier, mars-avril 2003, p.83.

<sup>938</sup> Selon la directive MIF, le marché réglementé est « un système multilatéral, exploité et/ou géré par un opérateur de marché qui assure ou facilite la rencontre en son sein même et selon ses règles non discrétionnaires de multiples intérêts acheteurs et vendeurs exprimés par des tiers pour des instruments financiers, d'une manière qui aboutisse à la conclusion de contrats portant sur des instruments financiers admis à la négociation dans le cadre de ses règles et/ou de ses systèmes et qui est agréé et fonctionne régulièrement conformément aux dispositions du Titre III ». V. pour le droit français art. L421-1 suiv. C.mon.fin. et pour le droit grec 2 par. 1 L3606/2007. Ce qui différencie aujourd'hui le marché réglementé de celui non réglementé dans les deux pays sous comparaison est ainsi l'agrément préalable obligatoire spécial de ce marché par les autorités publiques, le statut juridique spéciale de l'opérateur du marché réglementé, la surveillance plus étroite des autorités du marché, l'obligation de garantir la régularité des transactions et de permettre de dégager un prix de marché, les obligations impératives plus lourdes pour les sociétés dont les titres y sont admis.

<sup>939</sup> Sur la relation entre la directive MIF et le recul de l'ordre public financier, v. J.Méadel, op.cit, p.225 suiv. Sur les obligations impératives pesant sur les systèmes multilatéraux de négociation et d'internalisation – obligation de meilleure exécution au profit de client mais aussi d'une certaine transparence, notamment quant aux opérations portant sur des titres cotés v. *ibid*, p.235 suiv.

<sup>940</sup> Sur le premier risque v. J.Méadel *ibid*, soulignant le lien étroit entre l'obligation de concentration et l'ordre public financier de protection des investisseurs les plus faibles. Sur le second risque v. H.Boutinon-Dumas, n°439 suiv. La doctrine grecque ne semble pas toutefois partager ces inquiétudes, en voyant la directive MIF s'inscrire dans une tendance de modernisation du droit des

architecture des marchés financiers, des auteurs français estiment que le marché boursier demeurera le marché financier secondaire de référence<sup>941</sup>.

Nous allons entendre comme ordre public économique sociétaire des marchés financiers l'ensemble des règles impératives concernant les sociétés cotées et visant au bon fonctionnement des marchés financiers, ce dernier compris dans un sens large - abstraction faite bien sûr des règles techniques du droit boursier concernant la transmission et la rencontre des ordres ainsi que la formation du prix boursier. La question de l'établissement d'un prix de marché pour les titres cotés est pourtant toujours au centre de la problématique de l'ordre public économique sociétaire des marchés financiers tels que nous l'entendons. Nous allons seulement souligner que l'établissement d'un tel prix pour les actions de la société conduit indirectement à l'établissement d'un prix pour la société elle-même<sup>942</sup>. Le prix des actions de la société peut d'ailleurs être un multiplicateur du pouvoir économique de la société, dans le cadre d'offres publiques d'échange ou de fusions - ou, inversement un facteur de fragilisation du pouvoir dans la société, si le prix chute beaucoup (v. infra sur les offres publiques hostiles). Ce qui intéresse pour notre étude est l'ensemble des règles impératives à destination des sociétés cotées elles-mêmes et de leurs dirigeants, visant à permettre l'établissement d'un prix de marché pour les actions de la société dans des conditions de transparence et d'égalité d'information - ce sont ces finalités qui structurent l'ordre public économique sociétaire des marchés financiers. C'est d'ailleurs seulement sous les conditions de transparence et d'égalité devant l'information que le marché boursier est réputé par la conception dominante « efficient », à savoir reflétant la « valeur réelle » du titre, sur le fondement de l'hypothèse que les prix du marché reflètent correctement toute l'information disponible à un moment donné<sup>943</sup>. De ces règles on doit rapprocher celles spécifiques aux sociétés cotées et relatives à l'organisation de leur pouvoir, car ces sociétés sont caractérisées typiquement par une grande dispersion de leur actionariat. Ces dernières règles impératives visent à faire face aux problèmes nés de la dissociation entre la « propriété » et le contrôle dans des sociétés cotées, problèmes qui peuvent perturber le bon fonctionnement du marché boursier, en engendrant des crises de

---

marchés financiers. La directive MIF a été transposée en droit français par l'ordonnance du 22 avril 2007 et en droit grec par la loi 3606/2007. La concentration impérative des ordres sur le marché boursier était prévue en droit français par l'ancien article L421-12 C.mon.fin.. Sur les exceptions au principe de concentration sous le régime antérieur français v. H. Boutinon-Dumas, n° 435 suiv, J. Méadel, p. 223 suiv..

<sup>941</sup> H. Boutinon-Dumas, op. cit., n°s 442 suiv., p. 384. Plus généralement sur les systèmes de négociation multilatérale et d'internalisation des ordres M. Kordi-Antonopoulou, p. 16 suiv.

<sup>942</sup> H. Boutinon-Dumas, op. cit., Première partie.

<sup>943</sup> V. H. de Vauplane - J.-P. Bornet, n°345.

confiance. Un autre grand chantier de l'ordre public économique du marché financier est la préservation du principe d'égalité entre actionnaires dans la prise de contrôle des sociétés cotées. Les deux droits – français et grec- sont d'ailleurs en voie de convergence en matière de l'impératif des sociétés cotées, à cause du rôle du droit communautaire, mais aussi à cause du partage de la même philosophie sur le rôle des marchés financiers dans l'économie. On peut dire que dans les deux pays sous comparaison, l'ordre public des sociétés cotées a des finalités de protection de l'actionnaire-investisseur – des finalités non sans relation avec l'ordre public du droit de la consommation – mais aussi et surtout de direction, par l'organisation du meilleur fonctionnement possible des marchés financiers<sup>944</sup>. Nous voyons ainsi que la réglementation impérative des sociétés cotées est surtout un moyen de régulation des marchés financiers par l'ordre public économique de ces marchés<sup>945</sup>. En même temps, comme nous avons souligné ci-dessus, les marchés financiers et l'ordre public financier jouent aujourd'hui un rôle cardinal dans la gouvernance des sociétés cotées<sup>946</sup>.

D'un certain point de vue, on pourrait considérer que l'introduction d'une société anonyme à la Bourse parachève sa fonction comme type social visant au rassemblement des capitaux du public : ce rassemblement est facilité décisivement par le fonctionnement d'un marché secondaire garantissant la liquidité des titres. Inversement, le fonctionnement du marché boursier est possible seulement comme conséquence de la personnification des sociétés anonymes, de la limitation de la responsabilité des actionnaires pour les dettes sociales et par la standardisation des droits sociaux – tous des phénomènes dans lesquels l'ordre public sociétaire – de type « constructif » (v. supra notre Introduction sur le sens de ce terme) - du droit commun des sociétés joue un rôle important<sup>947</sup>. Il n'en demeure pas moins que l'introduction d'une société à la Bourse la bouleverse profondément, des problèmes conceptuels faisant d'ailleurs leur apparition: les piliers contractuels de l'ordre public sociétaire en droit français (la société-contrat, l'affectio societatis) sont mises en épreuve dans un contexte où l'actionnaire (sauf les actionnaires "contrôlares") est

---

<sup>944</sup> Th. Bonneau-Fr. Drumond, n<sup>os</sup> 466, 475, Y. Guyon « Actionnaires et consommateurs », in Mélanges J. Calais-Auloy, p. 481, V. Christianos « La protection de l'investisseur comme consommateur dans le droit communautaire », rapport au 11e congrès des commercialistes grecs, Nomiki vivliothiki 2002, p. 279. Sur le caractère de l'ordre public financier comme de direction et de protection v. J.Méadel, thèse précitée, F.Peltier « Marchés financiers et droit commun » Banque éditeur 2007, n°380 suiv.

<sup>945</sup> M.Boizard, thèse précitée, n°54 suiv.

<sup>946</sup> H.Boutinon-Dumas, thèse précitée, n°333 suiv.

<sup>947</sup> Sur cette relation entre le droit de la société anonyme et les marchés financiers v. D. Avgitidis, op. cit., p. 1 suiv.

essentiellement un investisseur visant surtout à l'obtention de plus-values<sup>948</sup>. Des auteurs français reconnaissent ainsi qu'en fait les actionnaires investisseurs sont dépourvus d'affectio societatis<sup>949</sup>. Cela ne signifie pas bien sûr que les sociétés cotées ne soient pas valables pour défaut d'affectio societatis – il s'agit toutefois d'une atteinte certaine à la conception traditionnelle française de l'ordre public sociétaire de droit commun, à savoir de la société conçue comme contrat, selon laquelle la notion d'associé est intrinsèquement liée à celle de l'affectio societatis (v.supra). Cela sauf si l'on reconnaît que les actionnaires investisseurs ne sont pas de véritables associés – mais il s'agirait d'une atteinte encore plus grave aux fondements conceptuels de l'ordre public sociétaire de type classique – de nature « contractuelle » - du droit français<sup>950</sup>. Les progrès du droit des marchés financiers ont été par ailleurs un facteur important de libéralisation du droit commun des sociétés françaises et de recul de l'ordre public sociétaire de ce droit commun – notamment pour ce qui concerne les produits financiers offerts par les sociétés, mais aussi les processus de souscriptions de titres<sup>951</sup> ; mais d'autre part l'ordre public des marchés financiers impose, comme nous avons vu, des contraintes impératives renforcées aux sociétés cotées. Pareillement, en droit grec la société anonyme est conçue comme groupement de personnes ayant un minimum de poursuite d'un but commun, l'actionnaire-investisseur s'intéressant toutefois typiquement à son intérêt personnel à court terme et à la maximisation de la valeur de l'ensemble de son portefeuille<sup>952</sup>. Ce court-termisme éventuel de l'actionnaire-investisseur ne pose pas de problème pour le droit des marchés financiers et son ordre public, tandis qu'il pose des problèmes conceptuels certains pour le droit des sociétés<sup>953</sup>. L'actionnaire-investisseur peut d'ailleurs avoir diversifié son portefeuille en acquérant des actions de sociétés concurrentes et prendre même la décision de voter contre l'intérêt d'une de ces sociétés au profit de

---

<sup>948</sup> Sur l'actionnaire-investisseur et les problèmes qu'il engendre pour la conception française classique des sociétés v. M. Cozian-A.Viandier-Fl. Deboissy n° 1091.

<sup>949</sup> Y. Guyon - N.Reboul « Affectio societatis », nos 69 – 71.

<sup>950</sup> Y. Guyon - N.Reboul, op.cit, n°71, F-X Lucas « Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ? Brefs propos distinctifs autour du thème de l'associé et de l'investisseur », RD bancaire et financier juillet-août 2002, p. 4, Ph.Reigné-Th.Delorme « Réflexions sur la distinction de l'associé et de l'actionnaire », D 2002, p.330.

<sup>951</sup> A. Pietrancosta « Le droit des sociétés sous l'effet des impératifs financiers et boursiers », thèse Paris I, 1999.

<sup>952</sup> V. aussi M.-A. Frison-Roche « Régulation et droit des sociétés : du Code civil à la protection du marché de l'investissement », in Mélanges D. Schmidt, Joly 2005. V. sur l'ensemble de la question (en grec) I. Markou « La société anonyme comme institution du marché », EEmpD 2000, p. 663 et (sur les contradictions entre la protection de l'actionnaire et celle de l'investisseur en droit allemand), P. Mülberty « La société anonyme et le marché financier – la protection de l'investisseur » rapport au 11<sup>e</sup> congrès des commercialistes grecs, p. 1, G. Triantafyllakis, monographie précitée sur l'intérêt de l'entreprise, p. 315 suiv.,

<sup>953</sup> Ainsi P.Mülberty, rapport précité.

l'autre, dans laquelle a une participation de valeur plus élevée<sup>954</sup>. La doctrine grecque est toutefois plutôt optimiste quant à la complémentarité entre les deux systèmes de règles, celui des sociétés anonymes et celui des marchés financiers, quant au but de protéger l'actionnaire-investisseur<sup>955</sup>. Il est à noter que le droit des marchés financiers vise – dans son impératif destiné aux sociétés cotées et dans le cadre de la poursuite de son but ultime qu'est le bon fonctionnement des marchés financiers – à protéger non seulement les actionnaires en place, mais aussi les actionnaires potentiels, les investisseurs en général ; si l'on peut dire que le droit commun des sociétés anonymes vise aussi à l'intérêt des actionnaires potentiels (v. ainsi supra sur les efforts de standardisation de l'action comme rapport juridique en droit grec), la préoccupation pour l'intérêt des actionnaires potentiels s'activant sur le marché des titres devient central pour l'ordre public des marchés financiers. Pour approcher la question sous un autre angle, on pourrait dire que ce qui est le plus important et constitue une évolution commune pour les deux droits sous comparaison est que le droit des sociétés, historiquement un droit de groupement des personnes et de personnes morales, se trouve sous l'impact des impératifs d'ordre public de marchés de titres. Le droit des marchés financiers et son ordre public s'intéressent ainsi plutôt aux titres émis par les sociétés et à l'établissement de leur valeur adéquate sur le marché qu'à la participation « politique » des actionnaires dans la poursuite d'un but commun. Autre aspect important, le droit financier et son ordre public tendent aussi à appréhender les véritables relations de pouvoir derrière la constitution juridique de la personnalité morale<sup>956</sup>. Plus généralement, pour un auteur français la distinction entre sociétés cotées et non cotées devient la nouvelle « summa divisio » du droit des sociétés, le droit des sociétés cotées ayant accès à l'autonomie, mais tendant aussi à modeler le droit commun des sociétés – celui applicable aussi bien aux sociétés cotées qu'à celles non cotées<sup>957</sup>. Toutefois, ni le droit français ni le droit grec n'ont séparé les sociétés cotées des autres sociétés anonymes, en créant un nouveau type de société. On pourrait néanmoins soutenir que la création de ce type se fait implicitement par le développement d'un dispositif impératif important

---

<sup>954</sup> V. ainsi G. Triantafyllakis, op. cit., p. 316-317.

<sup>955</sup> V. p. ex. I. Markou (en grec) « La société anonyme, institution principale des marchés de capitaux », EEmpD 2003, p. 63. V. pourtant G. Triantafyllakis, op. cit., p. 319-320, pour la reconnaissance d'une obligation de loyauté à l'égard de la société pesant même sur l'actionnaire-investisseur.

<sup>956</sup> M.Boizard, thèse précitée no 55, nos 544 suiv.

<sup>957</sup> M.Boizard, thèse précitée.

concernant seulement les sociétés cotées<sup>958</sup>. On doit en tout cas rappeler que si la tendance dans les sociétés non cotées est dans les deux pays vers la “contractualisation”, l’impératif des marchés financiers concernant les sociétés cotées ne cesse pas d’accroître.

### **B. L’ordre public des marchés financiers et l’entreprise**

Encore plus importante est peut-être la question de la relation entre les finalités de l’ordre public des marchés financiers et de la fonction-type de droit commun des sociétés anonymes, à savoir d’être la structure juridique de financement et de gouvernance de l’entreprise, cette relation aboutissant à un changement radical des contraintes pesant sur les sociétés cotées. Le développement spectaculaire des marchés financiers comme mode de financement des sociétés a renversé le système auparavant prépondérant – dans l’un ou l’autre degré – dans les pays continentaux, caractérisé par le financement principalement bancaire et des liens importants entre l’industrie et les banques. Ce qui caractérise la nouvelle donne est le tournant vers l’appel public à l’épargne et le marché secondaire ainsi que le bouleversement du rapport des forces au profit des actionnaires-investisseurs, notamment des investisseurs institutionnels. Le résultat en est que l’entreprise perd beaucoup de son autonomie, en fonctionnant sous une surveillance et une pression des marchés financiers beaucoup plus intenses que dans le passé, évolution qui fait l’objet d’appréciations différentes : pour les uns, inspirant les conceptions aujourd’hui dominantes chez les décideurs politiques, le marché financier est le meilleur évaluateur des performances économiques des entreprises, pouvant analyser d’une manière parfaite toute l’information disponible sur l’entreprise, en stimulant ainsi les performances, notamment en permettant le remplacement facile des équipes sous-performantes de direction et conduisant ainsi à l’utilisation optimale des ressources<sup>959</sup>. Selon ce point de vue, le droit des marchés financiers et son ordre public ne font que rappeler et imposer la finalité essentielle de la société, qui est d’enrichir les associés<sup>960</sup>. Pour cette même optique, le but de la direction de la société est de maximiser la valeur boursière de l’action, non d’augmenter le patrimoine de l’entreprise sociale<sup>961</sup>. D’ailleurs, toujours selon cette optique, la « financiarisation » de l’entreprise cotée est le résultat inéluctable de la globalisation

---

<sup>958</sup> M.-A. Frison-Roche « La distinction entre sociétés cotées et sociétés non cotées », in Mélanges AEDBF – France I 1997, éd. La revue Banque, p. 189 suiv. V. aussi D. Avgitids (sur la distinction entre sociétés cotées et non cotées) p. 11-13.

<sup>959</sup> F. H. Easterbrook – D. R. Fishel, ouvrage précité, p. 162 suiv.

<sup>960</sup> M.Boizard op.cit., n°716 suiv.

<sup>961</sup> M.Boizard op.cit., n°716 suiv.

financière et de la concurrence accrue des entreprises pour collecter des capitaux<sup>962</sup>. Pour d'autres, les marchés financiers ne sont pas parfaitement rationnels, en subissant des excitations d'engouement et de mimétisme ou des crises de panique, et la prépondérance donnée à l'actionnaire- investisseur, avec ses exigences pour plus de valeur actionnariale le plus vite possible, mine les perspectives de l'entreprise, ainsi que ses équilibres intérieurs<sup>963</sup>. Il est évident que ces deux approches divergentes portent aussi des appréciations différentes sur les finalités de l'ordre public sociétair des marchés financiers. Il est d'autre part aujourd'hui manifeste que la crise actuelle, déclenchée par les excès du système financier largement dûs à la recherche du maximum de « valeur actionnariale », met sur la table pour le moins la question de nouvelles régulations en matière de marchés financiers et de leur relation avec l'entreprise. En plus, malgré la montée en puissance des marchés financiers comme facteur de gouvernance des sociétés cotées, il demeure que l'entreprise, même celle capitaliste, est une organisation concernant une multiplicité d'intérêts et non seulement ceux des associés ou actionnaires. Vouloir résoudre le problème des finalités des entreprises et des sociétés – qui sont leurs formes juridique de financement et de gouvernance – au profit des seuls associés ou actionnaires par le biais de la discipline des marchés financiers ne semble pas juste mais aussi tenable à long terme. La gouvernance des sociétés cotées et des entreprises par les marchés financiers au profit des seuls actionnaires n'est pas « la fin de l'histoire » de l'entreprise, mais un modèle historique de gouvernance du capitalisme auquel rien ne garantit l'éternité. Cela d'autant plus que les marchés financiers peuvent généralement être de très médiocres « observateurs » de la marche de l'entreprise, comme des scandales colossaux (par exemple celui d'Enron) l'ont prouvé.

## **§ 2: Les organes de l'ordre public économique sociétair des marchés financiers**

Dans les deux pays, la surveillance des marchés financiers est aujourd'hui largement confiée à des autorités distinctes du pouvoir exécutif classique, caractéristique plus

---

<sup>962</sup> M.Boizard, op.cit, n°723.

<sup>963</sup> Ainsi p. ex. M. Aglietta - A. Réberieux « Dérives du capitalisme financier », Albin Michel 2004, P. Arthus - M. P. Virard « Le capitalisme est en train de s'auto-détruire », La Découverte, 2007.

générale, comme nous avons vu, de l'ordre public économique régulateur ou du marché (A). Toutefois, dans les deux pays sous comparaison, la France et la Grèce, des missions concernant l'intérêt public sont confiées dans un certain degré aux entreprises commerciales privées gérant les marchés boursiers, évolution importante d'entrecroisement entre l'ordre public et l'ordre privé économiques (B).

## **A. Les autorités du marché**

### **L'autorité française des marchés financiers**

En droit français, l'autorité du marché est aujourd'hui l'Autorité des Marchés Financiers (AMF), autorité « publique » (non administrative) indépendante ayant la personnalité juridique (L621-1 suiv. du Code monétaire et financier)<sup>964</sup>. Elle a été créée en 2003, par la "fusion" de la COB (Commission des Opérations de Bourse), l'autorité administrative classique de surveillance des marchés en France, et du CMF (Conseil des Marchés Financiers), organe de constitution professionnelle, auquel la loi française avait reconnu certaines compétences de surveillance du marché concourant avec celles de la COB<sup>965</sup>. Cette dernière avait joué un rôle particulièrement important dans l'évolution du droit des marchés financiers en France, rôle dont hérite l'AMF<sup>966</sup>. La création de l'AMF est censée avoir renforcé l'ordre public financier français, en élargissant l'indépendance de l'autorité de marché<sup>967</sup>. Toutefois l'AMF, comme descendante aussi du CMF, a été conçue comme une autorité plus proche du marché, les professionnels et les personnalités qualifiées ayant ainsi la majorité au sein de son organe décisionnel, à savoir de son collège, avec participation aussi de hauts magistrats nommés par leurs cours (L621-2 C.mon.fin.). Le pouvoir exécutif (le ministre de l'Economie) maintient la compétence de nommer par décret le président de

---

<sup>964</sup> En droit français, les autorités administratives indépendantes sont en principe conçues comme n'ayant pas la personnalité morale. Sur la nature juridique de l'AMF v. J.Méadel, p.341.

<sup>965</sup> Sur cette fusion v. M.-L. Coquelet « Brèves remarques à propos d'une fusion attendue: la création de l'autorité des marchés financiers », PA 14 nov. 2003, n° 228, p. 6, J.-J. Daigre « La création de l'autorité des marchés financiers », Rev. soc. 2003, p. 823, M.-A. Frison-Roche « Les contours de l'Autorité des marchés financiers », Mélanges AEDBF – France IV Banque éditeur, p. 165, N. Rontchevsky « L'installation de l'autorité des marchés financiers », Bull Joly, Bourse 2004, p. 147.

<sup>966</sup> Sur l'histoire et le rôle de la COB v. P. Didier, t. 3, p. 149, 300, P. Bézard « Le nouveau visage de la commission des opérations de bourse », RID comparé 1989, p. 957.

<sup>967</sup> Ayant acquis la personnalité morale, l'AMF peut avoir son propre budget, évolution qui garantit l'indépendance de l'Autorité, tout en lui permettant de percevoir directement les sommes des amendes qu'elle impose. La personnalité morale permet à l'AMF d'intervenir dans le déclenchement de l'action publique dans l'hypothèse de carence du ministère public, en se constituant partie civile au nom de l'intérêt du marché- v. sur l'ensemble de ces questions J.Méadel, p.344 suiv.



l'Autorité et, en plus, il est représenté au sein de l'Autorité par un commissaire du gouvernement sans voix délibérative<sup>968</sup>. La loi française confie à l'AMF la mission générale de veiller à la protection de l'épargne investie dans les instruments financiers et actifs mentionnés dans la loi et donnant accès à une offre au public ou à une admission sur un marché réglementé et dans tous les placements offerts au public, ainsi que de veiller à l'information des investisseurs et au bon fonctionnement des marchés financiers (L621-1 C.mon. fin.). Cette mission de l'AMF – identique à celle de la COB – peut être identifiée à la préservation de l'ordre public financier de direction et de protection et, pour ce qui concerne l'aspect de cet ordre public visant les sociétés cotées, à la préservation de l'ordre public économique sociétaire des marchés financiers<sup>969</sup>. La nature de l'autorité de l'AMF ne fait pas l'unanimité dans la doctrine française. Ainsi, pour un auteur français, l'autorité du marché financier français se trouve au confluent de deux systèmes autonomes et différents, celui du droit et celui du marché, le second dominant le premier. L'AMF se verrait ainsi obligée d'agir dans une matière dans lequel il n'y aurait de contrainte qu'acceptée<sup>970</sup>. Par contre, pour un autre auteur français, l'autorité du marché financier est l'expression d'une régulation de nature hybride, car il y a délégation de pouvoir de la part de l'Etat à une autorité indépendante ; toutefois pour ce même auteur, il demeure que l'AMF (et avant elle la COB) a une mission classique de service public<sup>971</sup>.

---

<sup>968</sup> Le collège, organe délibérant de l'AMF – est composé –sauf le président- de trois conseillers, membres respectivement de la Cour de cassation, du Conseil d'Etat, de la Cour des comptes, désignés par les présidents de ces cours (le vice-président dans le cas du CE), un représentant de la Banque de France, désigné par son gouverneur, le président du Conseil national de comptabilité, trois personnalités qualifiées nommées respectivement par les Présidents du Sénat, de l'Assemblée Nationale et du Conseil économique et social, six professionnels et un représentant des salariés actionnaires, nommés par arrêté ministériel après consultation des organisations professionnelles et syndicales représentatives (pour ces organisations v. L621-1 C.mon.fin.). Les membres de l'AMF ont un mandat de 5 ans, renouvelable pour une fois, sauf pour le présidents- et sont soumis à un régime spécial de déontologie de prévention des conflits d'intérêts- v. Th. Bonneau - Fr. Drummond, n° 254. Pour la commission des sanctions de l'AMF v. infra.

<sup>969</sup> Sur la relation de la mission de l'AMF et de l'ordre public financier v. J.Méadel, op.cit., p.331 suiv.

<sup>970</sup> M.Boizard, thèse précitée, nos 106 suiv.

<sup>971</sup> J.Méadel, thèse précitée, p.340 suiv, 351 suiv. Les critères du service public sont pour le droit français la nature publique de la personne morale assurant l'activité, le lien adéquat entre la personne morale et les pouvoirs publics, l'exercice de l'activité dans le but de servir l'intérêt général. En effet, l'AMF est de nature publique, ses membres sont tous liés aux pouvoirs publics par le moyen de leur nomination, sa mission est de préserver l'intérêt du marché conçu comme identifié à l'intérêt général.

### **L'autorité grecque des marchés financiers**

En Grèce, l'autorité du marché est l'Epitropi Kefalaiagoràs (Commission du Marché Financier-EK), autorité publique avec personnalité juridique, disposant selon la loi d'une indépendance « fonctionnelle », ses membres étant dotés d'une indépendance « fonctionnelle et personnelle » (76, 76A L1969/1991)<sup>972</sup>. L'EK n'a pas toutefois la consécration constitutionnelle comme autorité indépendante avec application du régime spécial pour ces autorités (art. 101A Const. grecque) et elle se trouve sous la surveillance du ministre de l'Economie (76 § 1 L1969/1991), qui en plus nomme les membres du conseil d'administration de l'EK et peut les révoquer, soit pour fautes lourdes dans l'accomplissement de leurs fonctions, soit en cas de condamnation pénale pour certaines infractions, soit en cas de violations des empêchements légaux dans l'exercice de leurs fonctions. Le ministre, en dehors de ce pouvoir disciplinaire, a aussi le pouvoir d'approuver le budget de l'EK ainsi que son bilan. De la sorte, l'intégration de l'EK dans l'une des catégories de la classification des personnes publiques grecques (avec comme critère leur relation avec l'Etat central) est débattue, mais on peut légitimement la considérer comme autorité indépendante, comme la loi garantit expressément l'indépendance de ces membres, qui sont engagés dans l'exercice de leurs fonctions seulement par la loi et leur conscience (art. 77 par. 2 de la loi)<sup>973</sup>. La mission de l'EK est de surveiller l'application de la législation sur le marché financier, de surveiller et garantir le bon fonctionnement des marchés financiers et de protéger les investisseurs ainsi que la sécurité des transactions, en poursuivant selon la loi exclusivement l'intérêt général. Le conseil d'administration de l'EK a aujourd'hui une composition moins professionnelle que l'AMF française, en plus sans la participation obligatoire de magistrats, le rôle du ministre étant plus grand dans le choix de ses membres qu'en droit français<sup>974</sup>. Particularité grecque, le Parlement est impliqué dans la

---

<sup>972</sup> Sur l'EK v. (en grec) S. Pagoni « Le pouvoir de l'Epitropi Kefalaiagoras d'imposition de sanctions et leur contrôle judiciaire » éd. Sakkoula, 2005. V. aussi M. Kordi-Antonopoulou, op. cit., p. 148 suiv.

<sup>973</sup> Sur ce débat v. S. Pagoni, op. cit. p. 77.

<sup>974</sup> L'EK est administrée par un conseil d'administration nommé par le ministre d'Economie Nationale et constitué d'un Président et de deux vice-présidents (c'est le ministre qui les choisit) et de 4 autres membres, dont deux sont choisis parmi les personnes proposées respectivement par la Banque de la Grèce et la Bourse d'Athènes. Les membres doivent avoir une expertise en matière de marchés financiers. Le mandat des membres du conseil est de 5 ans, renouvelable pour une fois pour le président et librement pour les autres. Les décisions du conseil d'administration de l'EK sont exécutées par une commission exécutive, composée par le président et les deux vice-présidents. Le conseil peut d'ailleurs déléguer des compétences supplémentaires à cette commission, sous la réserve d'une liste de compétences prévues dans l'art. 78 § 3 L 1969/1991. Sur le statut juridique des

procédure de nomination du président de l'EK ainsi que dans la surveillance de l'EK - preuve de l'importance que le droit grec attribue au contrôle des marchés financiers<sup>975</sup>.

### **Les pouvoirs de l'autorité du marché française comme facteur majeur de l'ordre public économique sociétaire**

Le droit français et le droit grec convergent largement quant au cumul de pouvoirs qu'ils attribuent à leurs autorités des marchés financiers, de sorte que les autorités en cause deviennent des facteurs d'importance capitale pour le cadre juridique et la vie des sociétés cotées. Pour le droit français, l'AMF cumule le pouvoir réglementaire, celui de contrôle et celui de sanction (L621-6 suiv. Code mon. fin.), un cumul qui n'a pas été jugé comme inconstitutionnel par le Conseil constitutionnel français<sup>976</sup>. Le pouvoir réglementaire de l'AMF est exercé non par des règlements distincts, mais par le biais de son Règlement général unique (passible bien sûr de modifications), pour une liste de sujets non exhaustive prévue par le Code monétaire et financier, après consultation de la place, et avec nécessairement homologation du ministre de l'Economie (L261-6, L621-7 C.mon.fin.)<sup>977</sup>. Avec ce pouvoir réglementaire, l'AMF devient non seulement un organe d'application, mais aussi une source importante de l'ordre public financier, et plus particulièrement de l'ordre public économique des sociétés cotées. Le pouvoir de contrôle est exercé par le biais de décisions individuelles d'autorisations et oppositions de certaines opérations – mais aussi par le biais d'injonctions et de contrôle au sens strict (L621-8 suiv., L621-13 suiv. C.mon.fin.)<sup>978</sup>. Ainsi, le collège de l'AMF a notamment selon l'art. L621-14 C.mon.fin. le pouvoir d'enjoindre, après avoir mis la personne concernée en mesure de présenter ses

---

membres du conseil d'administration de l'EK v. S. Pagoni, p. 67 suiv. V. aussi art. 78 de la loi sur la commission consultative de composition professionnelle conseillant l'EK dans sa mission de proposition de textes normatifs (v. infra).

<sup>975</sup> La nomination par le ministre du président de l'EK a comme condition l'expression d'un avis sur sa personne par la commission parlementaire d'entreprises publiques, banques et services publics. Le caractère de cet avis comme simplement consultatif ou conforme est débattu - v. S. Pagoni, p. 71, note 135. L'EK doit soumettre chaque année au Président du Parlement un bilan de son activité, et son président doit se présenter devant et informer la même commission parlementaire deux fois chaque année sur la matière des marchés financiers.

<sup>976</sup> Ainsi Cons. const. 86-217 DC 18 sept. 1986, Rec. D., p. 141, tout en précisant que "l'habilitation (réglementaire) ne doit concerner que des mesures de portée limitée, tant par leur champ d'application que par leur contenu" – la décision concernait bien sûr la COB, dont l'héritier est l'AMF. Sur les pouvoirs de l'AMF v. Th. Bonneau - Fr. Drummond, n<sup>os</sup> 262 suiv. et alii.

<sup>977</sup> Sur ce pouvoir réglementaire v. Th. Bonneau-Fr. Drummond, n<sup>os</sup> 263 suiv.

<sup>978</sup> Sur le pouvoir de contrôle et d'enquête de l'AMF v. Th. Bonneau-F. Drummond n<sup>os</sup> 275 suiv., spéc. n<sup>o</sup> 286. Sur son pouvoir d'injonction v. n<sup>os</sup> 281 suiv. V. aussi 121-1 à 121-3 Reègl. gén. AMF sur la procédure de "rescrit" permettant aux particuliers de connaître en amont l'attitude de l'AMF sur la légalité d'une opération projetée.

explications, qu'il soit mis fin, en France ou à l'étranger, aux manquements aux obligations résultant des règlements européens, des dispositions législatives ou réglementaires ou des règles professionnelles visant à protéger les investisseurs contre les opérations d'initiés, les manipulations des cours et à la diffusion de fausse information, ou à toute autre manquement de nature à porter atteinte à la protection des investisseurs ou au bon fonctionnement du marché<sup>979</sup>. Particulièrement important pour l'environnement juridique des sociétés cotées et plus généralement pour celles soit admises à un système multilatéral de négociation soumis à la réglementation visant à protéger les investisseurs, soit pour lesquelles une demande d'admission à ces marchés a été formée, est bien sûr le pouvoir sanctionnateur dont dispose l'AMF – un pouvoir qui constitue une contrainte principale à prendre en compte par les promoteurs des différents montages sociétaires concernant les sociétés cotées<sup>980</sup>. L'AMF est ainsi dotée par la loi (L621-15 suiv. C.mon.fin.) notamment avec le pouvoir de sanctionner toute pratique concernant un instrument financier admis aux négociations sur un marché réglementé ou sur un système unilatéral de négociation se soumettant aux dispositions impératives – législatives ou réglementaires – visant à protéger les investisseurs face aux agissements mentionnés ci-dessous ou pour lequel une demande d'admission aux négociations sur de tels marchés a été formulée, pratique constituant opération d'initié, ou de manipulation des cours ou de tentative de ces infractions, ainsi que toute diffusion de fausse information ou tout autre manquement pouvant porter atteinte à la protection des investisseurs et au bon fonctionnement du marché. Le bon fonctionnement des marchés financiers et la protection des investisseurs sont ainsi préservés par le recours incontournable à des sanctions de nature administrative, avec un exercice particulièrement fort des prérogatives du pouvoir public, ne serait-ce que par le biais d'une autorité indépendante exerçant un pouvoir de police des marchés financiers. Il s'agit d'ailleurs d'une des caractéristiques distinctives de l'ordre public économique au service du marché de recourir assez facilement aux sanctions de nature administrative (v. supra). Ce recours aux sanctions administratives dans le but de préserver l'intérêt du marché financier est ainsi un facteur important dans l'environnement juridique des sociétés cotées et de leur ordre public

---

<sup>979</sup> Sur le pouvoir d'injonction « indirecte » de l'AMF v. L621-14 C.mon.fin. (demande en justice d'ordonner sous astreinte la fin de la pratique en cause). Sur la prise de mesures d'urgence que le président ou le secrétaire général de l'AMF peuvent demander en justice v. L621-13 C.mon.fin.. Selon l'art. L621-14 l'AMF a aussi son pouvoir d'injonction dans les cas de pratiques d'initiés ou de distribution de fausse information effectuées sur le territoire français mais portant sur un instrument financier admis sur un marché réglementé d'un autre Etat membre de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen ou sur un tel instrument pour lequel une demande d'admission sur de tels marchés a été soumise.

<sup>980</sup> Sur ce pouvoir sanctionnateur v. Th. Bonneau-Fr. Drummond, n° 293 suiv. (avec distinction de ses deux volets, « administratif » et disciplinaire).

économique, les distinguant des sociétés non cotées, ainsi que dans l'environnement juridique des montages concernant les sociétés cotées et leurs titres. L'AMF peut (outre les sanctions contre les professionnels du marché) imposer sous respect du principe de proportionnalité des sanctions pécuniaires à l'égard des personnes impliquées aux pratiques répréhensibles exposées ci-dessus, avec un plafond de 100 millions d'euros ou du décuple des profits réalisés. Le pouvoir sanctionnateur de l'AMF est encadré par des garanties offertes aux personnes accusées, comme « contrepartie » du cumul de pouvoirs dont l'autorité dispose, avec une « judiciarisation » de la procédure de prise de sanctions et avec le souci de conformité avec les exigences de la CEDH (notamment L621-15 C.mon.fin) : séparation du pouvoir d'enquête, du pouvoir de déclenchement de la poursuite (c'est le collège qui la déclenche), du pouvoir d'instruction (effectuée par un rapporteur) et du pouvoir de la prise de décisions sanctionnatrices (la sanction est imposée par une commission distincte du collège - Commission des sanctions - L621-2 suiv. C.mon.fin.)<sup>981</sup>. La procédure devant la Commission des sanctions doit respecter le principe du contradictoire et elle est en principe publique. Sont aussi applicables les garanties de fond de la matière pénale, notamment le principe de personnalité des poursuites et des peines<sup>982</sup>. Pour un auteur français, malgré cet arsenal sanctionnateur impressionnant, le pouvoir de l'autorité du marché français est en fait un pouvoir négocié, la sanction étant dans le contexte sociologique particulier des marchés financiers le produit d'une négociation entre l'autorité et les opérateurs du marché. Selon ce même auteur, l'autorité du marché a dans ce contexte très particulier la latitude de fait de ne pas déclencher la procédure de sanction si cela ne lui paraît pas opportun, et de négocier seulement avec l'opérateur impliqué<sup>983</sup>. Ces observations soulignent la réalité particulière de l'application de l'ordre public économique des marchés financiers, avec des implications évidentes pour l'environnement juridique des sociétés cotées et des montages sociétaires – toutefois, en voulant trop faire reconnaître cette particularité, on court le risque de légitimer en fait un certain laxisme en matière d'imposition du respect de l'ordre public économique des marchés financiers et aboutir à un contraste problématique du point de vue du principe

---

<sup>981</sup> La Commission des sanctions de l'AMF est constituée de quatre magistrats (deux conseillers d'Etat et deux conseillers de la Cour de cassation) nommés respectivement par leurs Cours, six professionnels désignés par le Ministre de l'Economie, deux représentants des salariés des entreprises du secteur financier, désignés par le Ministre après consultation des organisations syndicales représentatives. Le président de la Commission est l'un des quatre magistrats, élu par les membres de la Commission - v. Th. Bonneau - Fr. Drummond, n<sup>os</sup> 252, 256.

<sup>982</sup> Sur la procédure d'imposition de sanctions par l'AMF v. Th. Bonneau-Fr. Drummond, n<sup>os</sup> 285 suiv.

<sup>983</sup> M.Boizard, nos 109 suiv

d'égalité entre d'une part justiciables ordinaires, soumis au pouvoir sanctionnateur étatique classique, et d'autre part opérateurs privilégiés, pour lesquels il n'y aurait dans un contexte particulier pouvoir sanctionnateur que négocié. D'autre part, on peut admettre que la procéduralisation (ou même judiciarisation) de la procédure sanctionnatrice devant l'autorité du marché renforce le pouvoir persuasif et pédagogique de ce dernier face au marché et partant la force de l'ordre public financier dans sa mission de régulation<sup>984</sup>.

### **Les pouvoirs de l'autorité du marché grecque**

De son côté, l'EK cumule le pouvoir réglementaire, celui de consultation dans la production de l'œuvre législative concernant les marchés financiers et ceux de contrôle du respect et de sanction du non-respect du droit des marchés financiers<sup>985</sup>. Le pouvoir réglementaire de l'EK sur les marchés financiers est exercé, à la différence du droit français, non par un règlement général unique, mais par des règlements séparés, sans homologation, sur le fondement d'habilitations législatives spéciales données par la loi sur la base de l'art. 43§ 2 de la Constitution grecque. Sur la base de pareilles habilitations, l'EK a émis des textes normatifs imposant des obligations importantes aux sociétés cotées et constituant ainsi une source importante d'ordre public économique sociétaire. De la sorte, l'autorité grecque des marchés financiers devient une source importante de l'ordre public économique des sociétés cotées, en plus sans besoin d'homologation de la part du ministre, à la différence de l'autorité française. Le pouvoir de contrôle est exercé par le biais d'autorisations - là où la loi soumet une opération à l'autorisation préalable de l'EK - mais aussi par le biais de contrôles proprement dits, notamment du respect de la légalité (dans la mesure que ses violations peuvent porter atteinte à l'intérêt du marché, surtout dans les cas de pratiques d'abus de marché) mais aussi de la déontologie du marché par les sociétés cotées (78 § 1 L1969/1991), l'autorité ayant d'ailleurs plus généralement le droit de demander toute information nécessaire pour l'accomplissement de sa mission (v. aussi art. 22 L3340/2005 sur le pouvoir d'enquête de l'EK dans le cadre de la répression des abus de marché)<sup>986</sup>. L'EK a aussi aujourd'hui un pouvoir reconnu par le droit des sociétés anonymes de demander en justice la nomination d'un commissaire aux comptes dans le but de contrôler la gestion d'une société cotée ou faisant appel public à l'épargne, s'il y a éventualité de violation de dispositions légales ou des statuts ou des décisions de l'assemblée générale de la société (40 §1 cas b L 2190/1920). Particularité du droit grec, le pouvoir de surveillance de l'EK n'est pas exclusive, le ministre de Développement

---

<sup>984</sup> M.Boizard, nos 116 suiv, J.Méadel, p.457 suiv.

<sup>985</sup> Sur les pouvoirs de l'EK v. S. Pagoni, p. 81 suiv.

<sup>986</sup> Sur ce pouvoir de contrôle v. notamment S. Pagoni, p. 98 suiv.

maintenant son pouvoir de droit commun de surveillance du respect de la légalité au sein des sociétés anonymes cotées, avec son pouvoir d'injonction à l'égard de la société, dans le but de rétablissement de la légalité violée (v. supra). La réforme de 2007 du droit des AE n'a pas d'ailleurs supprimé pour les sociétés cotées la « coopération » nécessaire de l'administration dans leurs modifications statutaires (avec autorisation administrative de la modification après contrôle de sa légalité –v. supra). Dans ce cadre, l'EK doit coopérer avec le Ministre dans le but de préservation de la légalité au sein des sociétés cotées<sup>987</sup>. L'EK a bien sûr, à l'instar de l'autorité française, un pouvoir sanctionnateur à l'égard des personnes violant les prescriptions de l'ordre public des marchés financiers, un pouvoir qui, comme celui de l'AMF, constitue une contrainte principale pesant sur les différents montages sociétaires concernant les sociétés « ouvertes » au public<sup>988</sup>. L'EK dispose ainsi du pouvoir d'imposer des sanctions pécuniaires (pouvant atteindre un plafond de 6 millions d'euros en cas de récidive de pratiques d'abus de marché) dans tous les cas où la loi prévoit spécialement son pouvoir sanctionnateur –notamment dans les cas d'opération d'initié et de manipulation des cours (v. 78 L1969/1991, 23 L3340/2005). La transposition en droit grec de la directive « Abus de marché » par la loi 3340/2005 a par ailleurs fait converger décisivement le dispositif de sanctions grec avec celui français en matière de manquement d'initié et de manipulation de cours<sup>989</sup>. L'EK peut aussi, à la différence de l'AMF, procéder d'office et impérativement à la radiation d'une société de la cote, en cas de danger pour le marché résultant de perturbations dans la vie d'une société cotée (17§ 3 L3371/2005)<sup>990</sup>. L'EK peut aussi imposer des sanctions aux professionnels du marché, des sanctions pouvant aller jusqu'au retrait de leur autorisation (art. 78 de la loi). La procédure d'imposition de sanctions par l'EK ne présente pas le degré de "judiciarisation" de celle devant l'AMF, étant conçue comme procédure administrative d'imposition de sanctions. Toutefois, la procédure de sanctions devant le conseil d'administration de l'EK doit respecter le principe du contradictoire et le principe d'impartialité et la décision sanctionnatrice doit être dûment motivée (20 § 6 Const. grecque, 6, 7§1, 17 Code grec de procédure administrative, 23 § 4

---

<sup>987</sup> Sur ce dualisme de contrôle de légalité v. D. Argitidis p. 73, D. Tsimbanoulis (en grec) « L'étendue de la compétence de l'Epitropi Kéfalaiaigoràs sur la surveillance de sociétés avec des valeurs mobilières cotées à la Bourse d'Athènes », DEE 2001, 843.

<sup>988</sup> Sur ce pouvoir sanctionnateur v. notamment S. Pagoni, p. 113 suiv.

<sup>989</sup> La directive « Abus de marché » a été transposée en droit grec par la loi 3340/2005. V. S.Pagoni, op.cit., p.229 suiv.

<sup>990</sup> Sur la radiation sur décision de l'EK v. D. Avgitidis, op. cit., p. 186-187. Elle est prévue par la loi dans le cas où certaines situations amènent à la mise en cause du fonctionnement normal du marché ou si elle est imposée par l'impératif de la protection des investisseurs.

L3340/2005)<sup>991</sup>. La conclusion de cette présentation du pouvoir de sanction de l'EK est qu'en droit grec, comme en droit français, l'effort de faire respecter l'ordre public financier et plus particulièrement l'ordre public économique des sociétés cotées passe nécessairement par le recours à des sanctions administratives, par l'usage de prérogatives de puissance publique, ces dernières entrant par le biais d'une autorité de marché au service de l'intérêt du marché financier.

### **Le contrôle judiciaire des autorités des marchés**

Le cumul des pouvoirs de la part des autorités des marchés financiers pose bien sûr la question du contrôle judiciaire de leurs décisions. La particularité du droit français en la matière est que les actes individuels de l'AMF – bien que des actes d'exercice de pouvoir public – sont soumis en principe (avec l'exception des sanctions à l'encontre des professionnels) non au juge administratif, mais au juge judiciaire, et plus particulièrement à la Cour d'appel de Paris, selon une solution traditionnellement appliquée déjà pour la COB (aujourd'hui L621-30 C. mon. fin.)<sup>992</sup>. La procédure devant la Cour d'appel de Paris est de nature hybride – de procédure judiciaire et de procédure de justice administrative – et la Cour fait en principe un contrôle de plein contentieux des actes de l'AMF, notamment de celles imposant des sanctions, mais seulement un contrôle en excès de pouvoir pour les actes de l'Autorité pris dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire de la part de cette dernière. C'est en fait la nature particulière de l'ordre public financier qui impose cette « publicisation » de la procédure<sup>993</sup>. La jurisprudence de la CA Paris a ainsi joué un rôle majeur dans l'évolution du droit français des marchés financiers, plusieurs de ses solutions étant d'ailleurs par la suite consacrées par le législateur, comme c'est le cas notamment pour les garanties dans la prise de décisions de sanctions. La CA Paris avait notamment censuré plusieurs décisions de la COB pour non-respect des droits de la défense, souvent à l'occasion de procédures impliquant des montages sociétaires avec comme objet des sociétés cotées<sup>994</sup>. Les actes de nature réglementaire de l'AMF sont par contre attaques

---

<sup>991</sup> Sur la procédure administrative en droit grec v. (en grec) A. Tachos « Droit administratif grec », éd. Sakkoula, 2005, 8e édition, p. 589 suiv.

<sup>992</sup> Sur le contrôle judiciaire de l'AMF v. Th. Bonneau-Fr. Drummond, n<sup>os</sup> 270, 285, 300.

<sup>993</sup> J.Méadel, op.cit, p. 448 suiv.

<sup>994</sup> V. ainsi notamment dans une jurisprudence très riche – C. cass. Ch. com. 9 avril 1996 RJDA 1996 n<sup>o</sup> 645, concl. Piniot, p. 438. Rev. dr. bancaire 1996, obs. M. Germain-M.A. Frison-Roche, CA Paris 12 janvier 1994, Gaz Pal. 1994, 1, 337, note J.-P. M., 2 juillet 1999, RD bancaire 1999, obs. M. Germain-M.A. Frison-Roche, Bull-Joly Bourse 1999, p. 494, note N. Rontchevsky (application de l'art. 6 CEDH aux sanctions pécuniaires imposées par la COB), C. Cass. Ch. Com. 18 déc 1996, Rj com 1997, 65 note Vatel, 1 déc. 1998, P. Aff. 15 janvier 1992, p. 5 note Cl. Ducouloux-Favard (présomption d'innocence) C. Cass. (Ass. Pl.) 5 février 1999 P. Aff. 10 février 1999, p. 14 note Cl. Ducouloux-Favard, JCP 1999 II 10.060 note H. Matsopoulou, RID com. 1999 p. 467 obs. N.



devant le Conseil d'Etat pour excès de pouvoir, comme d'ailleurs les décisions concernant les professionnels. A la différence du droit français, le droit grec a confié le contrôle des actes de l'EK au juge administratif, selon le partage classique du contentieux administratif en contentieux pour excès de pouvoir (pour des actes de nature réglementaire, avec compétence du Symvoulio Epikrateias- CE grec-, mais aussi en principe pour les actes individuels, avec compétence de l'Epheteio – CA- administratif d'Athènes) et contentieux de pleine juridiction (pour les actes individuels imposant des sanctions pécuniaires ou des sanctions de toute nature pour manipulation du marché, avec compétence de l'Epheteio administratif d'Athènes, qui statue dans les cas d'abus de marché en première et dernière instance–v. art. 25 L3371/2005, 25 L3340/2005) <sup>995</sup>.

### **Sanctions administratives et sanctions pénales dans l'ordre public économique des sociétés cotées**

Pour un courant influent de pensée, la sanction administrative peut être un substitut de la sanction pénale, et ainsi un moyen de dépenalisation<sup>996</sup>. Ce n'est pas la voie que les deux droits sous comparaison ont choisie en matière de droit des marchés financiers, et les sanctions administratives imposées par les autorités des marchés concourent dans certains cas particulièrement graves (notamment opérations d'initié, manipulation des cours, distribution de fausse information) avec les sanctions pénales (v. ainsi notamment sur les délits d'initié, de manipulation des cours et de distribution de la fausse information les art. L465-1 à L465-3 C. mon. fin., 29-31 L3340/2005, la différence entre les deux droits étant le cumul par le droit français de peines privatives de la liberté et de lourdes amendes, tandis que le droit grec prévoit au titre de sanction pénale de ces infractions seulement de peines

---

Rontchevsky (nullité – sur le fondement de l'art. 6 CEDH – pour participation du rapporteur au délibéré), CA Paris 7 mars 2000, JCP E 2000, n° 20, p. 800 obs. A. Viandier-J.J. Caussain, Dr – sociétés 2000, n° 80 note H. Hovasse RTD com. 2000 p. 405 obs. N. Rontchevsky (atteinte au droit à un procès équitable par le cumul entre les mains de la COB des pouvoirs d'accuser, de formuler le grief visant la personne poursuivie de statuer sur la culpabilité et de sanctionner la personne poursuivie,) CA Paris, 14 mai 1997, Rev. soc. 1997, p. 827, note H. Le Nabasque, JCP E 1997, II 973, note A. Couret, Bull-Joly Bourse, 646, note N. Rontchevsky (personnalité des poursuites et des peines en cas de scission d'une société).

<sup>995</sup> Sur le contrôle en justice des décisions et actes de l'EK v. S. Pagoni, p. 297 suiv.

<sup>996</sup> En ce sens, v. Sykiotou-Androulaki « Le mouvement de dépenalisation en France et en Grèce. L'alternative administrative », éd. Sakkoula - Bruylant 1992, v. aussi sur la question M. Delmas-Marty-G. Giudicelli-Delage, op. cit., p. 182, F. Stasiak « Délit et manquement boursier », Répertoire de droit des sociétés Dalloz.

privatives de la liberté, plus lourdes que celles du droit français)<sup>997</sup>. La sévérité des deux droits contre ces agissements est explicable par le fait que ces derniers peuvent rompre toute égalité entre investisseurs et induire le public à des décisions erronées et dommageables, des faits qui à leur tour peuvent ébranler ou même détruire pendant longtemps la confiance du public au marché financier ; il est d'ailleurs évident que les dirigeants et actionnaires de référence des sociétés cotées sont des destinataires principaux de la menace contenue à ces dispositifs de sanction. Ce cumul de sanctions – pénales et administratives – n'est jugé inconstitutionnel dans aucun des deux pays sous comparaison<sup>998</sup>. La large implication de la répression pénale en matière de marchés financiers prouve l'importance actuelle de l'ordre public des marchés financiers et de son aspect concernant les sociétés cotées, le droit pénal et le système répressif étatique classique devant s'engager dans le but d'imposer le respect de cet ordre public et de l'intérêt de marché ; elle prouve aussi d'autre part que les marchés financiers réels et les sociétés cotées – sujets à des asymétries d'information et de rapports de force inégaux – sont très loin d'être autorégulés, de sorte que la menace de la répression pénale est nécessaire pour y maintenir un minimum d'ordre et de confiance (bien que globalement on ne puisse pas être très optimiste quant à la moralisation même relative du marché financier, car les enjeux monétaires colossaux, la complexité et les multiples relations d'agence y existants donnent des motifs permanents pour la récurrence de comportements malhonnêtes). En tout cas, malgré la tendance plus générale vers la dépénalisation du droit des sociétés, le rôle du droit pénal en matière des marchés financiers s'est renforcé sur le plan international après les grands scandales boursiers du début des années 2000. La

---

<sup>997</sup> Les deux droits ont convergé en ce qui concerne les manquements d'initié et de manipulation des cours sur le fondement de la directive 2003/6 / CE (directive "abus de marché") transposée aujourd'hui en droit français comme art. 621-1 suiv. Règl.gén. AMF et en droit grec comme L3340/2005. Pour ces manquements v. Th. Bonneau - Fr. Drummond n° 498 suiv., S. Pagoni, p. 171 suiv., 229 suiv. Pour les délits d'initié et de manipulation des cours dans les deux droits sous comparaison v. Th. Bonneau-Fr. Drummond, n° 491 suiv., Y. Velentzas (en grec) « La protection du marché financier face aux actes de personnes détenant des informations privilégiées et actes de manipulation du marché », E. Tr. Ax. Chr. 2006, p. 3. Il est à noter que le dispositif pénal français contre les abus de marché concerne de telles pratiques sur les titres financiers admis à une liste de différents marchés financiers ou pour lesquels une demande d'admission a été formée, tandis que le droit grec –moins exhaustif que le droit français en la matière- pénalise généralement de tels comportements sur des titres financiers.

<sup>998</sup> Pour le Conseil constitutionnel français la règle non bis in idem ne s'applique pas en matière de cumul des sanctions pénales et administratives. Toutefois, la sanction administrative ne peut pas porter atteinte à la liberté de la personne, et le montant cumulé des sanctions pécuniaires administratives et pénales ne doit pas dépasser le plafond de la sanction – administrative ou pénale – la plus lourde pour cette infraction- v. Cons. Const. 28 juillet 1989, DC 89-260, RFDA 1989, n° 4, p. 671

doctrine française soutient en plus que les sanctions administratives imposées par l'autorité de marché parallèlement à celles pénales maintiennent leur utilité pour le respect de l'ordre public financier – notamment après la directive « Abus de marché » - car elles assurent une répression « objectiviste » des infractions boursières<sup>999</sup>. A sens inverse, la tendance de la jurisprudence française est d'« objectiver » les délits boursiers, en les rapprochant des manquements administratifs respectifs<sup>1000</sup>. En tout cas, les deux autorités de marchés – celui français et celui grec – ont aussi un rôle à jouer quant au déclenchement de l'imposition de sanctions pénales pour des infractions à l'ordre public financier et à l'ordre public économique des sociétés cotées, en informant le pouvoir judiciaire de l'existence de telles infractions passibles de la sanction pénale (615-15-1, L621-20-1 C. mon. fin., 31 L3340/2005). Le droit français permet à son autorité du marché de se constituer partie civile dans les procès pénaux en matière d'opération d'initié et de manipulation des cours, mais avec cette particularité que pour le droit français l'exercice de cette faculté par l'AMF met obstacle au déclenchement de son propre pouvoir sanctionnateur<sup>1001</sup>. L'EK a le pouvoir de déposer des plaintes en cas de constatation des infractions pénales du droit des marchés financiers mais, dans le silence de la loi, la jurisprudence ne lui reconnaît pas le droit de se constituer partie civile<sup>1002</sup>.

#### **Appréciation critique des autorités du marché au sein de l'ordre public économique sociétaire**

Les autorités du marché concentrent entre leurs mains, comme nous avons vu, des pouvoirs en théorie impressionnants, pouvant contrôler l'usage abusif du pouvoir économique dans le cadre des marchés financiers, ainsi que des montages sociétaires abusifs dans ce même cadre. Toutefois, une question demeure ouverte, à savoir dans quelle mesure les autorités indépendantes ont pu exercer d'une manière adéquate leur mission dans le cadre des différents « bulles » et scandales financiers que les deux pays ont vécu dans le passé, ainsi que celle de l'appréciation de la profondeur du contrôle réellement exercé par elles. La doctrine économique a d'ailleurs signalé le risque d'une

---

<sup>999</sup> J.Méadel, p. 104, 138 suiv, 430 suiv.

<sup>1000</sup> J.Méadel, p.437. Il est à noter à cette place que l'opportunité de la répression – administrative et pénale – des opérations d'initié fait l'objet d'un débat particulièrement vif aux Etats-Unis depuis longtemps, l'Ecole de Chicago contestant avec acharnement cette opportunité, sans avoir réussi – du moins pour le moment – à garantir l'impunité aux initiés profiteurs. Il s'agit d'une preuve de ce que le droit des marchés financiers, malgré sa technicité, n'est pas exempt de l'influence de visions plus générales sur le marché et son fonctionnement, les différentes visions impliquant des conceptions différentes quant à l'intervention de l'ordre public en la matière des marchés financiers.

<sup>1001</sup> Th. Bonneau-Fr. Drummond, n° 310.

<sup>1002</sup> S. Pagoni, p. 114, note 215. En ce sens Areios Pagos 1 / 2000 Poin. Chr. 12.

« capture » des autorités de régulation par leur objet, « capture » qui peut être obtenue par plusieurs moyens, la « proximité » des autorités avec le marché pouvant dégénérer en « promiscuité » dans ce domaine où s'activent des opérateurs économiques très puissants<sup>1003</sup>. L'effectivité et l'efficacité du contrôle du respect de l'ordre public économique des sociétés cotées par les autorités indépendantes française et grecque restent par conséquent à être évaluées.

## **B. Les entreprises de marché**

### **Le rôle des entreprises du marché dans l'ordre public économique sociétair**

Aujourd'hui dans les deux pays sous comparaison, la France et la Grèce, les bourses sont devenues des entreprises commerciales purement privées. Toutefois ces entreprises du marché, ayant comme but principal la gestion des marchés secondaires de valeurs mobilières des deux pays, se voient aussi confier certaines compétences concernant l'intérêt du marché et plus généralement l'intérêt général, de sorte qu'on pourrait dire que l'ordre public économique des marchés financiers est prolongé et complété par un ordre économique privé, ou au confluent entre l'ordre public et l'ordre privé<sup>1004</sup>. Ces compétences d'ordre économique sont d'abord le pouvoir qui leur est reconnu d'établir des normes concernant le fonctionnement du marché et l'admission d'une société à celui-ci, mais aussi leur pouvoir de décision individuelle sur l'admission d'une société à la cote, sur la suspension de négociation et la radiation d'un titre de la cote, des décisions évidemment

---

<sup>1003</sup> Sur le risque de confusion entre l'autorité et le marché et sur la théorie de la « capture » v. M.Boizard, n°113. Sur la situation incontrôlée et dangereuse du marché financier grec vers la fin des années 1990, dans la période de la bulle financière grecque de cette période et la crise qui l'a suivie v. I.Markou « La société anonyme institution fondamentale du marché financier », article précité, p. 663, note 2, parlant de la Bourse grecque de l'époque comme plutôt un organe du petit nombre qui pillaient l'argent du grand nombre avec la tolérance des autorités, à défaut d'un ordre juridique adéquat, mais aussi à défaut d'application des règles en vigueur à l'époque. Le législateur grec s'est efforcé par la suite d'améliorer le cadre juridique et de renforcer les pouvoirs de l'Autorité du marché, mais le coup reçu par la bourse grecque avec la bulle et son éclatement a été très dur. De leur part la COB et ensuite l'AMF n'ont pas échappé à de vives critiques – notamment de la part de juges – pour leur passivité et laxisme à l'égard de pratiques pour le moins douteuses de grands opérateurs du marché financiers français, notamment durant la bulle du début des années 2000, mais aussi après celle-ci.

<sup>1004</sup> Sur les entreprises du marché et leur rôle v. Th. Bonneau - Fr. Drummond, n<sup>os</sup> 525 suiv., M. Kordi-Antonopoulou, op. cit., p. 12 suiv., 73 suiv. (notamment sur les entreprises du marché comme sociétés anonymes de droit spécial avec une forte surveillance étatique sur leur fonctionnement et la composition de leur actionnariat).

avec des conséquences particulièrement importantes pour les sociétés faisant appel public à l'épargne. Les actes des entreprises du marché ne sont pas formellement des actes d'exercice de pouvoir public, mais des actes de droit privé – toutefois, une analyse contractuelle de leur application à leurs destinataires ne serait pas appropriée: les normes du marché –auxquelles les sociétés « adhèrent » - sont établies par habilitation légale donnée aux entreprises du marché dans l'intérêt des marchés financiers, et la logique du contrat - avec négociation sur le fondement d'intérêts privés s'opposant mais pouvant converger – semble exclue dans l'admission d'une société sur le marché réglementé<sup>1005</sup>. La mission des entreprises de marché est d'ailleurs d'intérêt général – du moins si l'on identifie l'intérêt du marché avec l'intérêt général – parce qu'elles garantissent le fonctionnement quotidien et le bon déroulement des opérations, tous deux des facteurs indispensables pour l'établissement du prix du marché des titres cotées et indirectement de celui des sociétés cotées. Les entreprises de marché jouent ainsi dans les deux pays sous comparaison un rôle important dans l'ordre public économique des sociétés cotées. D'autre part, les entreprises du marché sont indéniablement des entreprises privées à but lucratif, de sorte qu'on doit finalement aboutir à la constatation d'un ordre « mixte » exprimé par leur action, avec des éléments d'ordre public et d'ordre privé économiques.

### **L'entreprise de marché française**

Aujourd'hui en France l'entreprise du marché réglementé est Euronext-Paris SA, aspect français du colosse ayant résulté de la fusion des Bourses de Paris, d'Amsterdam, de Bruxelles, de Lisbonne, du LIFFE (London International Financial Future Exchange) et, finalement, de la Bourse de New York (NYSE Euronext) ; pourtant, il n'existe pas monopole légale au profit de cette entreprise de marché, les autorités publiques pouvant agréer aussi d'autres entreprises de marché si les conditions légales sont réunies. Le groupe Euronext-NYSE est d'ailleurs le fruit d'une série d'opérations juridico-économiques qu'on pourrait qualifier de montage<sup>1006</sup>. Il s'agit assez curieusement en France du descendant lointain de la Chambre syndicale des agents de change, organisation corporatiste des agents de change, fonctionnant sous la surveillance des autorités publiques<sup>1007</sup>. Pour un auteur français Euronext, s'inscrivant dans une cascade de délégations de pouvoirs publics, exécute une

---

<sup>1005</sup> Sur le pouvoir réglementaire des entreprises du marché et l'impossibilité d'une analyse contractuelle de ce pouvoir v. Th.Bonneau « De l'inutilité de droit contractuel pour assurer le respect des règles de marché », RTD com. 1999, p. 257.

<sup>1006</sup> Sur les techniques juridiques utilisées pour la création d'Euronext-NYSE v. A.Couret – H. Le Nabasque et al. n°48,49.

<sup>1007</sup> Sur l'histoire de l'organisation du marché en France v. P. Didier t. 3, p. 178 suiv., 234 suiv. M. Germain - V. Magnier, n° 2075, Sur le caractère de fusion entre les entreprises de marché v. Th. Bonneau - Fr. Drummond, no 17.

mission de service public, constituant le garant du respect de l'ordre public financier<sup>1008</sup>. Le pouvoir normatif de l'entreprise de marché, fondé sur l'art. L421-10 C.mon.fin., est exercé par le biais des Règles du marché, qui doivent être approuvées par l'AMF et sont complétées par des instructions et avis<sup>1009</sup>. L'entreprise de marché a aussi le pouvoir de prendre les décisions individuelles concernant l'admission et la radiation d'un titre de la cote (L421-14 suiv. C.mon.fin.), des décisions exprimant l'exercice d'un pouvoir et évidemment avec importance capitale pour les sociétés faisant appel public à l'épargne. L'introduction d'une société au marché secondaire réglementé combine ainsi aujourd'hui en droit français des éléments d'ordre public et d'ordre privé économiques, une mission d'intérêt général étant confiée à un organisme privée, l'entreprise du marché, sous la surveillance de l'Autorité de marché (v. d'ailleurs art. L421-3 du Code sur le pouvoir de l'AMF de nommer un mandataire concentrant entre ses mains tous les pouvoirs des dirigeants de l'entreprise de marché si ces derniers ne peuvent plus garantir le fonctionnement normal du marché). En "contrepartie" de ces prérogatives, l'entreprise française du marché a des obligations "déontologiques" d'impartialité, de diligence, de loyauté et de neutralité (L421-10 suiv. C.mon.fin., 512-1, 512-3 RG AMF), et les modifications de son actionnariat sont soumises à un contrôle particulier de la part des autorités publiques (L421-7 suiv. C.mon.fin.). Le contentieux né des décisions de l'entreprise du marché relève de la compétence du juge judiciaire, conformément à la nature juridique de l'entreprise du marché comme entreprise privée- sauf lorsque celle-ci exerce un pouvoir disciplinaire sur les professionnels du marché<sup>1010</sup>.

### **L'entreprise de marché grecque**

En Grèce, à la différence du droit français, la Bourse d'Athènes était traditionnellement une personne morale de droit public, avec comme mission l'exercice de compétences de droit public dans l'intérêt général<sup>1011</sup>. En 1998 elle a été transformée en société anonyme, pour être totalement privatisée en 2003. Les compétences classiques de droit public de la Bourse ont été transportées à l'EK. Ainsi aujourd'hui, le marché secondaire réglementé est géré en Grèce par la Bourse d'Athènes SA (Athens Stock Exchange – Chrimatistirio Athinon AE, faisant partie du groupe de Bourses grecques –Ellinika Chrimatistiria), entreprise commerciale, qui d'ailleurs, à l'instar de l'entreprise française, n'a plus le monopole légal, d'autres marchés réglementés avec leurs entreprises pouvant être théoriquement constitués

<sup>1008</sup> J.Méadel, thèse précitée, p. 353 suiv.

<sup>1009</sup> Sur le caractère normatif de ce pouvoir v. Th. Bonneau - Fr. Drummond, n° 527.

<sup>1010</sup> Sur le contentieux né de l'activité de l'entreprise du marché v. Th. Bonneau - Fr. Drummond, n° 530.

<sup>1011</sup> Sur l'histoire de la Bourse en Grèce, M. Kordi-Antonopoulou, op. cit., p. 3 suiv.

en Grèce (L3152/2003). L'entreprise du marché est constituée comme société anonyme à but exclusif, avec un régime fortement dérogatoire au droit commun des AE (capital social d'au moins de 20 millions euros, autorisation par l'EK des changements des personnes des dirigeants et des cessions de blocs du capital – art. 42 § 1 L3606/2007). A l'instar de l'entreprise de marché française, malgré sa nature juridique de société anonyme et par conséquent d'entité de droit privé, l'entreprise du marché grecque se voit confier une mission de poursuite de l'intérêt général : elle exerce ainsi d'abord un pouvoir normatif sur les intermédiaires du marché et les sociétés cotées par le biais de son règlement général, qui pour cette raison doit (avec ses modifications éventuelles) être approuvé par l'EK après contrôle de sa légalité (43 § 1, 44 L3606/2007). Comme en France, le rôle de ce règlement est très important pour la fixation des conditions d'entrée d'une société à la Bourse. Comme l'entreprise de marché française, l'entreprise grecque de marché possède en plus le pouvoir de décider sur la demande d'adhésion après contrôle des conditions légales d'admission, ayant le devoir de contrôler entre les autres conditions d'admission la conformité du statut juridique de la société émettrice et des titres allant être cotées avec la législation en vigueur, autre manifestation de l'entrecroisement entre ordre public et ordre privé économiques ; mais il ne s'agit pas d'une compétence liée, l'entreprise maintenant un pouvoir de rejet de la demande si cela est imposé par le bon fonctionnement du marché et la protection des investisseurs, pouvant d'ailleurs selon la loi imposer des conditions supplémentaires ad hoc à la société demandant l'admission de ses titres avec ces mêmes finalités (art. 2, 3, 4, 6, 10 L3371/2005, 43 L3606/2007))<sup>1012</sup>. Comme en droit français, l'introduction d'une société à la Bourse combine ainsi aujourd'hui pour le droit grec des éléments d'ordre public et d'ordre privé économique, avec un organisme privé – l'entreprise du marché – se voyant confier une mission d'intérêt général, sous la surveillance de l'Autorité du marché. Conformément à la nature juridique de l'entreprise de marché grecque elle-même comme personne de droit privé, le contentieux né de ses décisions relève de la compétence du juge judiciaire. Toutefois, malgré cette nature juridique de l'entreprise de marché grecque, on doit admettre que son action est de nature hybride, mélangeant des éléments d'action privée et d'exercice du pouvoir public.

---

<sup>1012</sup> Sur les pouvoirs de l'entreprise du marché v. M. Kordi-Antonopoulou, *op. cit.*, p. 23 suiv., D. Avgitidis, *op. cit.*, p. 29, 62 suiv.

## **Section II: Les grands thèmes d'intervention de l'ordre public économique sociétaire des marchés financiers**

L'ordre public économique sociétaire des marchés financiers intervient profondément dans le statut juridique des sociétés faisant appel public à l'épargne, notamment de celles cotées, ainsi qu'à celui de leurs dirigeants, situation commune dans les deux pays sous comparaison, la France et la Grèce (§ 1). Au-delà de l'impératif concernant directement les sociétés elles-mêmes et leurs dirigeants, ce qui est particulièrement important dans la vie des sociétés cotées est la prise de leur contrôle et les situations de renforcement de ce contrôle, avec une intervention concomitante particulièrement importante de l'ordre public sociétaire des marchés financiers dans ces questions (§ 2).

### **§ 1. Le statut juridique des sociétés cotées**

L'ordre public sociétaire des marchés financiers est caractérisé par l'imposition d'obligations renforcées sur les sociétés faisant appel public à l'épargne, notamment celles cotées, et à leurs dirigeants, dans le but de garantir le bon fonctionnement des marchés financiers, des obligations notamment d'information, de transparence et d'égal traitement des actionnaires, régime particulièrement important pour les montages effectués au sein ou autour des sociétés cotées (A). Mais les dernières décennies on est témoin de l'émergence et de la propagation d'un mouvement concernant plus généralement le modèle d'organisation et d'exercice du pouvoir dans les sociétés cotées, le mouvement de la « gouvernance d'entreprise », qui a exercé une influence importante sur l'ordre public sociétaire des marchés financiers en France et en Grèce (B).

### **A. Des régimes juridiques convergents d'obligations impératives renforcées pesant sur les sociétés cotées et la position juridique de leurs actionnaires et dirigeants**

#### **Généralités**

Les deux droits sous comparaison –celui français et celui grec- convergent aujourd'hui quant au régime d'obligations renforcées imposées aux sociétés cotées et à leurs dirigeants, sous l'emprise d'une philosophie commune, visant à obtenir le meilleur fonctionnement possible des marchés financiers comme moyen principal de financement



des entreprises importantes, philosophie largement diffusée et imposée par l'internationalisation des marchés financiers<sup>1013</sup>. La convergence est aussi largement le fruit de l'harmonisation communautaire, cette dernière faisant pression sur les droits nationaux d'adopter des standards communs, dans le but d'une intégration des marchés financiers européens<sup>1014</sup>.

### **Le statut impératif des sociétés offrant des titres au public et de la cotation en droit français**

En droit français, la cotation d'une société – ou, plus exactement, de ses titres – à la bourse (aujourd'hui « admission aux négociations sur un marché réglementé »), était jusque récemment un cas particulier de la notion de genre d'appel public à l'épargne, définie dans l'ancien art. L411-1 C.mon.fin., par opposition au placement privé<sup>1015</sup>. L'appel public à l'épargne sur le marché « primaire » ou « secondaire » de capitaux était impérativement réservé à un nombre limité de formes de sociétés, ne coïncidant pas exactement avec les sociétés par actions (la SAS, bien que société par actions, ne pouvait pas faire appel public à l'épargne, certains cas particuliers de sociétés de personnes pouvaient émettre publiquement des titres de créance – GIE – ou même de capital – société civile de placement immobilier<sup>1016</sup>). Il demeurait toutefois que seulement certaines sociétés par actions – la SA, la SCA (société commandite par actions) et récemment la société européenne « française »- pouvaient faire appel public à l'épargne en émettant des titres qui à la fois incorporaient des droits sociaux et pouvaient être cotées, car seules les actions parmi les droits sociaux présentent les caractéristiques juridiques (négociabilité, fongibilité) leur permettant de devenir objets du marché financier secondaire. Les sociétés par actions faisant appel public à l'épargne devaient impérativement avoir un minimum de capital de 225.000 euros (anc. art. L224-2 al. 1 C.com). L'opération de l'appel public était précédée impérativement en principe (avec quelques exceptions) par la diffusion d'un bulletin d'information de la part de l'émetteur, soumis au visa préalable de l'AMF (antérieurement de

---

<sup>1013</sup> Sur ce processus d'internationalisation des marchés financiers et de son impact sur les droits nationaux v. L. Convert, thèse précitée, n<sup>o</sup> 215 suiv.

<sup>1014</sup> Sur le rôle du droit communautaire dans la création d'un marché financier européen unique, v. Chr. Gavalda - G. Parléani, op. cit., n<sup>os</sup> 361 suiv.

<sup>1015</sup> L'appel public à l'épargne était définie d'une manière descriptive, comme constitué par l'une des opérations suivantes: admission d'un instrument financier sur un marché réglementé ou émission ou cession d'instruments financiers dans le public, en ayant recours soit à la publicité, soit au démarchage, soit à des établissements de crédit ou à des prestataires de services d'investissement.

<sup>1016</sup> Sur ces sociétés v. P. Didier, t. 2, p. 75.

la COB), qui contrôlait la pertinence et la cohérence de l'information diffusée au public, mais non l'opportunité de l'opération (L412-1, L621-8 C.mon.fin.)<sup>1017</sup>. La société faisant appel public à l'épargne était soumise à un impératif d'information permanente du public, sous le contrôle de l'AMF (anc. 222-1 Règl. gén. AMF)<sup>1018</sup>.

Toutefois, la réforme opérée par l'ordonnance du 22 janvier 2009 a supprimé cette notion traditionnelle d'appel public à l'épargne, dans un souci de rendre plus « lisible » aux investisseurs étrangers le marché financier français. Désormais, l'admission d'une société aux négociations sur un marché réglementé est une notion distincte et autonome de l'offre de titres financiers au public, la notion d'appel public à l'épargne ayant ainsi éclatée en deux notions différentes. L'offre au public est aujourd'hui caractérisée selon le nouvel art. L411-1 C.mon.fin. soit par une communication adressée à des personnes et présentant une information suffisante pour mettre en mesure un investisseur d'acheter ou de souscrire des titres financiers, soit par un placement des titres par des intermédiaires financiers. Si les formalités imposées demeurent en principe les mêmes pour les sociétés souhaitant être cotées et celles souhaitant faire offre au public (notamment émission de prospectus d'information soumis au visa préalable de l'AMF), ces opérations demeurant par ailleurs toujours réservées à certaines formes sociales (v. ci-dessus), le statut spécial de l'émetteur faisant appel public à l'épargne (capital social minimum, obligation d'information permanente) est désormais supprimé pour les sociétés procédant à des opérations d'offre au public. Aujourd'hui, la SAS est toujours impérativement exclue de l'offre de ses titres au public (L227-2 C.com.) – elle peut toutefois procéder à la plupart des opérations d'offre de titres que l'art. L411-2 C.mon.fin. exclut de la notion d'offre au public (opérations échappant par leur taille à la notion d'offre au public, offre à des investisseurs qualifiés, à un cercle restreint d'investisseurs ou à une société de gestion de portefeuille). Le droit français prévoit traditionnellement une possibilité de constitution des SA avec appel public à l'épargne et aujourd'hui avec offre au public, mais cette modalité de constitution est très rare dans la pratique à cause de sa complexité (art. L225-2 à L225-11-1 C.com.) ; par contre, beaucoup plus fréquentes sont les augmentations de capital des SA avec offre des nouvelles actions au public, normalement avec suppression du droit préférentiel de souscription des actionnaires en place, opérations impérativement réglementées par l'ordre public économique français (L225-131- imposition de vérifications spéciales en cas

---

<sup>1017</sup> V. sur la nature juridique du visa CI. Ducouloux-Favard « Le régime juridique des visas, agréments et numéros d'enregistrement », Bull Joly Bourse 1994, 435, Cafritz et Caramalli « Existe-t-il une fairness opinion à la française? », JCP E 2004, p. 805.

<sup>1018</sup> Sur les obligations d'information permanente, périodique et occasionnelle des émetteurs de valeurs mobilières faisant appel public à l'épargne v. Th. Bonneau-Fr. Drummond, n<sup>os</sup> 445 suiv.

d'augmentation avec offre au public effectuée moins de deux ans dès la constitution-, L225-136, R225-119 –réglementation de la procédure de la fixation du prix d'émission en cas de suppression du droit préférentiel, avec introduction d'un plancher si la société est cotée-R225-119 C.com.)<sup>1019</sup>. La cotation d'une société à la bourse nécessite d'autre part la réunion de conditions impératives supplémentaires, énoncées aujourd'hui sur le fondement d'autorisation de la loi par les règles de l'entreprise du marché, texte à l'entrecroisement entre ordre public et ordre privé économique ; c'est l'entreprise de marché qui d'ailleurs statue, comme nous avons vu, sur la demande d'admission. C'est l'entreprise de marché qui en plus statue sur la suspension des négociations ou la radiation des titres d'une société si l'intérêt du marché l'impose –des mesures avec un impact majeur sur la société concernée -, le président de l'AMF ayant le droit de demander la prise de ces mesures (art. L421-15 C.mon. fin.)<sup>1020</sup>. Parmi les conditions imposées aujourd'hui par les règles du marché comme nécessaires pour l'admission d'une société sur le marché secondaire de capitaux, nous pouvons relever notamment la prohibition des clauses statutaires restreignant la libre négociabilité des actions, de telles clauses étant jugées incompatibles avec le fonctionnement normal du marché (art. P. 1.1.17 al. 2 règles Euronext), prohibition avec un impact évident sur les montages utilisant des clauses statutaires, mais aussi l'obligation d'un minimum de diffusion des titres auprès du public (P 1.1.20 suiv. règles

---

<sup>1019</sup> V. P. Le Cannu-B. Dondero op.cit., nos 1239 suiv. En cas d'augmentation du capital avec offre au public dans les deux ans dès la constitution il y a impérativement vérification préalable de l'actif et du passif sociaux selon la procédure de la vérification des apports en nature et des avantages particuliers. Selon l'art. R225-139, le prix d'émission dans le cadre d'une augmentation du capital avec offre au public (ou offre au sens de l'art. L411-2 II C.mon.fin.) et suppression du droit préférentiel doit dans le cas des sociétés cotées être au moins égal à la moyenne pondérée des cours des trois dernières séances de bourse précédant sa fixation, éventuellement diminuée d'une décote maximale de 5 pour cent. Si la société n'est pas cotée ou si les titres à émettre ne sont pas assimilables aux titres cotées, c'est l'assemblée générale extraordinaire qui fixe le prix d'émission ou les conditions de sa fixation, sur rapport du conseil d'administration ou du directoire et rapport spécial du commissaire aux comptes. Dans les sociétés cotées il y a selon l'art. L225-136 possibilité d'autorisation sous conditions et limites au conseil d'administration ou au directoire de fixer le prix d'émission (L225-136 C.com.).

<sup>1020</sup> Sur l'admission sur un marché réglementé en France v. Th. Bonneau-Fr. Drummond, n<sup>os</sup> 571 suiv. Aujourd'hui, en France il y a un marché réglementé unique de financement, avec une liste unique (Eurolist), divisée en trois compartiments suivant la capitalisation boursière des sociétés (le compartiment 1 contient les sociétés avec une capitalisation boursière supérieure à 1 milliard d'euros, le compartiment 2 celles dont la capitalisation est comprise entre 150 millions et 1 milliard d'euros, le compartiment 3 les sociétés dont la capitalisation boursière est inférieure à 150 millions d'euros). Toutes les sociétés admises sur ce marché sont soumises à un corps de règles impératives commun – v. A. Couret-H. Le Nabasque et al., no 50. A coté de ce marché de financement il y a aussi les marchés réglementés dérivés (MONEP et MATIF). Sur les autres marchés sur valeurs mobilières (marchés libres, organisés ou de gré à gré) v. Th. Bonneau – Fr. Drummond, n<sup>os</sup> 938 suiv.V. aussi la nouvelle rédaction de l'art. 1841 C.civ. Sur l'ensemble de la question v. M. Germain -V. Magnier, "Traité de G. Ripert -R. Roblot, t. 1, v. 2, n<sup>os</sup> 2799 suiv.

Euronext)<sup>1021</sup>. L'admission nécessite bien sûr impérativement l'apposition préalable du "visa" de l'AMF sur les prospectus d'information devant être diffusée au public, avec le même régime que dans l'offre de titres financiers (contrôle du caractère complet, compréhensible et cohérent de l'information allant être dispensée, avec droit de l'Autorité de demander des modifications, justifications, informations ou explications supplémentaires) ; il est aussi à noter que l'AMF a en tant que garant de la légalité de ces opérations (autrement dit de l'ordre public économique des marchés financiers) le droit de suspendre ou d'interdire l'admission si cette légalité est violée (L412-1, L621-8, L621-8-1 C. mon.fin.).

### **Le statut impératif des sociétés faisant appel public à l'épargne et la cotation de leurs titres en droit grec**

En droit grec, l'appel public à l'épargne de la part de sociétés avec comme objet des valeurs mobilières se fait sous le contrôle de l'EK sur l'information dispensée, avec un régime largement issu de l'harmonisation communautaire (L3401/2005)<sup>1022</sup>. L'appel public à l'épargne effectué par les sociétés (offre public de valeurs mobilières selon la terminologie en vigueur) est ainsi défini aujourd'hui en droit grec comme la communication, sous n'importe quelle forme et par n'importe quel moyen, s'adressant au public et contenant des informations suffisantes sur les conditions de l'offre et des valeurs mobilières offertes, de sorte que soit fournie à l'investisseur la possibilité de décider l'achat ou la souscription pour l'achat de ces valeurs mobilières (art. 2}1 L3401/2005, transposant en droit grec la directive 2003/71/CE). L'offre au public de valeurs mobilières est ainsi conceptuellement opposée à la notion de placement privée (art. 3 L3401/2005) et distincte, comme c'est le cas désormais en droit français, de la cotation à la Bourse<sup>1023</sup>. Pour ce qui concerne les actions des sociétés anonymes, l'offre au public peut évidemment se faire, comme en droit français, soit à la constitution de la société (constitution avec appel public à l'épargne), soit plus tard, lors d'une augmentation du capital social, dans ce dernier cas normalement avec suppression du droit préférentiel de souscription des actionnaires en place (8a, 13}6 L2190/1920) ; mais le droit grec, à la différence du droit français, n'introduit pas de dispositions impératives

---

<sup>1021</sup> V. pour plus de détails sur les conditions d'admission v. Th. Bonneau-Fr. Drummond, n<sup>os</sup> 579 suiv.

<sup>1022</sup> V. sur ce régime D. Avgitidis, op. cit., p. 6, 77 suiv. Sur le régime d'appel public à l'épargne des sociétés anonymes antérieur à la loi 3604/2007 v. N. Vervessos in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 2A, p. 297 suiv.

<sup>1023</sup> Sur le régime de l'offre au public de valeurs mobilières par les sociétés anonymes grecques, notamment dans le cadre d'une augmentation de leur capital v. D.Avgitidis op.cit., p. 77 suiv. Sur les cas de « placement privé » pour le droit grec, suivant sur ce point la directive 2003/71/CE, exclus du régime impératif des offres de valeurs mobilières au public v. art. 3}2L 3401/2005.

spéciales pour ce dernier cas de figure avec prévision d'un prix minimum. La législation grecque antérieure imposait un régime spécial d'ordre public pour l'appel public à l'épargne des sociétés anonymes dans le but de la souscription de leur capital social soit initialement, soit dans le cadre d'une augmentation de capital, en posant comme conditions nécessaires l'existence de capitaux minimum de 1,5 millions euros, l'autorisation préalable de l'EK et l'approbation par celle-ci du bulletin d'information, la coopération d'un sponsor et la demande obligatoire d'admission à la bourse des titres offerts au public. Le droit grec visait de la sorte à lier étroitement marché primaire et marché secondaire des capitaux, en voulant garantir de la meilleure manière la liquidité des titres acquis sur le premier (anc. art. 8a L2L90/1920). La réforme du droit des sociétés anonymes en 2007 a toutefois supprimé ce régime spécial, en renvoyant au droit commun des offres de titres au public, tel qu'il résulte après la transposition de la directive 2003/71/CE par la loi 3401/2005 (art 8a L2190/1920)<sup>1024</sup>. Conséquence logique du *numerus clausus* d'ordre public des personnes morales de droit privé qui peuvent émettre des valeurs mobilières (v. supra Titre I), le droit grec réserve impérativement l'appel public à l'épargne avec émission de valeurs mobilières représentant des droits de capital, donnant accès au capital ou des droits de créances seulement aux sociétés anonymes, aux sociétés européennes « grecques » et aux sociétés maritimes (la commandite par actions est en tout cas en désuétude en droit grec, comme nous avons déjà vu) ; mais la forme sociale de référence pour la cotation est bien sûr l'AE, les exigences pour la cotation et le régime des sociétés cotées étant en plus les mêmes pour les autres formes sociales pouvant être cotées que pour les AE. En principe, toute offre de titres au public par les AE nécessite, comme en droit français, l'approbation par l'EK du bulletin d'information destiné au public après contrôle du caractère complet et cohérent de l'information dispensée, l'EK pouvant exiger des informations supplémentaires (3, 4, 13 L3401/2005)<sup>1025</sup>. Pour le reste, l'offre au public n'aboutit pas à l'introduction d'un statut juridique particulier permanent pour les sociétés émettrices, comme c'est aujourd'hui aussi le cas en droit français. En ce qui concerne l'admission de ces titres émis par les AE à la bourse, le droit grec ne présente pas aujourd'hui de différences majeures de philosophie avec le droit français- mais cela ne signifie pas que de différences particulières n'existent pas (L3371/2005) : la loi grecque – plus interventionniste, il est vrai, que celui français – trace un cadre impératif général sur les conditions minimum d'admission, complété par la réglementation de provenance de l'EK, mais aussi de provenance de l'entreprise du

---

<sup>1024</sup> V. D.Avgitidis, *op.cit.*, p. 77.

<sup>1025</sup> Sur les exceptions à l'obligation de publication d'un bulletin d'information v. 4}2L 3401/2005, D.Avgitidis, *op.cit.*, p. 34.

marché<sup>1026</sup>. C'est cette dernière, comme nous avons déjà relevé, qui prend la décision d'admission, après approbation par l'EK du bulletin d'information destinée au public (v. supra sur les pouvoirs de l'entreprise du marché en cas de demande d'admission)<sup>1027</sup>. Parmi les conditions impératives d'admission, nous pouvons relever, comme en droit français, la prohibition des clauses restreignant la négociabilité des actions, l'exigence d'une libération entière des titres, un minimum de diffusion des titres auprès du public (4 §2, §4 L3371/2005, §3,1,9,2.4 Règl. de la Bourse d'Athènes)<sup>1028</sup>. La société demandant son admission doit d'ailleurs avoir des capitaux propres au moins de 1 million d'euros (3 § 2 L3371/2005).

### **La convergence des deux droits sur l'impératif de l'égalité des investisseurs devant l'information**

Dans les deux droits sous comparaison, la société cotée est soumise à un ordre public sociétaire spécial d'information sous la surveillance et le pouvoir sanctionnateur des autorités respectives des marchés, la diffusion de cette information concernant la société étant réputée nécessaire pour la prise de décisions adéquates de la part des investisseurs et pour le bon fonctionnement des marchés financiers. L'égalité des investisseurs devant l'information est d'ailleurs essentielle pour ce bon fonctionnement. C'est cette égalité devant l'information qui dévient pour les sociétés cotées l'avatar principal du principe d'égalité en matière de sociétés. Ainsi, en droit commun des sociétés l'égalité est comprise d'abord comme égalité politique des associés (bien sûr en principe égalité proportionnelle pour les sociétés anonymes) dans la prise des décisions au sein de la société ; en droit des sociétés cotées, l'égalité devant l'information concerne les actionnaires en place, mais aussi ceux potentiels, la décision d'acheter ou de vendre des titres sociaux étant considérée la réaction principale des investisseurs à l'égard de la politique de l'équipe dirigeante<sup>1029</sup>. Les deux droits sous comparaison – celui français et celui grec – ont ainsi introduit des dispositifs

---

<sup>1026</sup> Sur ce régime v. D. Avgitidis, p. 51 suiv.

<sup>1027</sup> Sur la procédure d'admission v. D. Avgitidis, op. cit., p. 17 suiv., M. Kordi-Antonopoulou, op. cit., p. 117 suiv. Le marché de financement grec est divisé en catégories, celle de grande capitalisation (pour les sociétés avec de capitaux d'au moins 15 millions d'euros – pour les autres critères v. M. Kordi-Antonopoulou p. 117 suiv.) – et les catégories de moyenne et petite capitalisation. Pour d'autres catégories spéciales v. M. Kordi-Antonopoulou, p. 112.

<sup>1028</sup> D'une manière plus détaillée sur cette dispersion de titres éventuellement par le biais d'une offre publique de vente au public v. D. Avgitidis, p. 57 suiv.

<sup>1029</sup> Sur l'égalité devant l'information en matière de sociétés cotées v. H. Boutinon-Dumas, thèse précitée, n° 302 suiv. et (en grec) Ch. Hadjiemmanouil « L'égal traitement des actionnaires des sociétés cotées. Droit général des sociétés et régulations boursières spéciales », in « Bourse et protection des investisseurs », 2001, p. 85.

impératifs - aujourd'hui largement harmonisés par le droit communautaire- visant à la distribution par les sociétés cotées d'une information régulière, conforme aux besoins du marché et fiable. De la sorte, le droit français impose aujourd'hui expressément à ses sociétés cotées un principe d'ordre public d'égal accès des investisseurs à l'information par elles dispensée (art. L223-10-1 Règl. gén. AMF). Le droit grec, en transposant la directive 2004/109, énonce expressément un principe d'ordre public d'égal traitement par les sociétés cotées de leurs actionnaires ou des détenteurs de leurs obligations qui se trouvent dans la même situation, obligation impérative qui concerne bien sûr d'abord l'information dispensée par la société (art. 17 L3556/2007 – v. aussi supra, Titre I, sur la généralisation de cette obligation d'égal traitement des actionnaires a toute société anonyme avec la réforme de 2007) ; mais de l'esprit de la législation impérative en vigueur on peut aussi dégager un principe plus général d'égalité des investisseurs devant l'information fournie par la société cotée, comme en droit français. Les deux droits imposent d'ailleurs plus particulièrement aux sociétés cotées la rédaction des comptes sociaux selon les normes d'IFRS (v. infra), la publicité spéciale des comptes et rapports sociaux, l'émission d'un bulletin annuel d'information supplémentaire, la distribution d'information trimestrielle et semestrielle sur le cours des affaires sociales<sup>1030</sup>. En plus, les deux droits obligent les sociétés cotées à porter à la connaissance du public toute information privilégiée, comme cette dernière est définie par le droit communautaire – obligation positive importante d'un ordre public utilisant des notions « à contenu ouvert » (223-2 Règl. gén. AMF, 10 L3340/2005 –v. pourtant sur des infléchissements 223-2 II Règl. gén., 11 L3340/2005). L'information privilégiée est ainsi aujourd'hui définie par les deux droits comme une information précise n'étant pas rendue publique et concernant, directement ou indirectement, un ou plusieurs émetteurs d'instruments financiers ou un ou plusieurs instruments financiers et qui, si elle était rendue publique, serait susceptible d'avoir une influence sensible sur les cours des instruments financiers concernés ou les cours des instruments financiers qui leur sont liés. Les deux droits imposent aussi des régimes impératifs de transparence des transactions des dirigeants sociaux et de leurs proches sur les titres sociaux, le droit français allant même jusqu'à imposer la nominativité ou le dépôt obligatoire de leurs titres (L225-109 C.com., 13 L3340/2005, 3/347/12.07.2005 déc. EK). En

---

<sup>1030</sup> Pour le droit français, il s'agissait largement du droit commun pour les émetteurs faisant appel public à l'épargne. Le fondement de la convergence des deux droits est le droit communautaire, notamment avec les directives 2001/34/CE, 2003/6/CE, 2004/72 CE et le règlement 1606/2002. Sur le régime en vigueur dans les deux droits sous comparaison v. H. Boutinon-Dumas, thèse précitée, n<sup>os</sup> 269 suiv., D. Avgitidis, op. cit., p. 93 suiv. 191 suiv.

plus et évidemment, les dirigeants sociaux sont des destinataires principaux de la prohibition et des sanctions concernant les pratiques d'initiés et de manipulations des cours (v. supra).

### **Obligations des actionnaires des sociétés cotées dans le but de la transparence du marché**

L'introduction d'une société à la Bourse ne laisse pas indifférente la position juridique des actionnaires eux-mêmes et leur relation avec la société. Ainsi, outre les droits que l'ordre public sociétaire des marchés financiers leur attribue, les actionnaires de la société cotée se voient eux aussi imposer quelques obligations dans le but de la transparence du marché. Plus particulièrement, la transparence sur la détention de participations significatives dans une société cotée est réputée nécessaire pour une formation « adéquate » des prix – à savoir formation des prix sur le fondement d'une information adéquate des participants sur ce marché. Les modifications dans la propriété du capital social dans une société cotée peuvent d'ailleurs être le préalable d'une offre publique facultative d'acquisition ou la condition du déclenchement d'une offre publique obligatoire (v. infra) – des perspectives qui jouent un rôle certain dans la prise de décisions par les investisseurs et par conséquent dans la formation des prix. Comme le marché ne produit pas spontanément cette information, il incombe à l'ordre public économique des sociétés cotées d'imposer aux actionnaires d'informer sur le franchissement des seuils. Le droit français a imposé pour la première fois cette obligation en 1985, d'abord pour toutes les sociétés par actions, cotées ou non cotées. L'évolution ultérieure de la législation française a étendu les cas de seuils dont le franchissement déclenche une obligation d'information, en restreignant d'autre part le domaine d'application du dispositif aux seules sociétés cotées, dans lequel il est pleinement justifié (aujourd'hui art. L233-7 C.com.)<sup>1031</sup>. En droit grec, de pareilles obligations d'information ont été introduites pour la première fois dans les sociétés cotées par le décret présidentiel 51/1992 et sont aujourd'hui régies par la loi 3556/2007, adoptée pour la transposition de la directive 2004/109 CE du Parlement et du Conseil<sup>1032</sup>. Le

---

<sup>1031</sup> V. A.Couret-H. Le Nabasque et al., 1512 suiv. Condition pour l'application du dispositif français est que la société a son siège en France et que ses actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé. Le dispositif s'applique aussi après la transposition de la directive MIF aux sociétés dont les actions sont admises aux négociations dans un système unilatéral de négociations, à conditions que les titres puissent être inscrits en compte chez un intermédiaire habilité.

<sup>1032</sup> Sur l'obligation de déclaration des franchissements des seuils en droit grec des sociétés cotées v. D.Avgitidis, op. cit., p. 146 suiv.



droit communautaire a d'ailleurs joué un rôle important dans la convergence des deux droits en matière d'obligations résultant des franchissements de seuils dans les sociétés cotées. Il s'agit en tout cas d'un régime d'ordre public au service du marché, imposant des obligations positives aux actionnaires dans l'intérêt du marché. Ces derniers sont ainsi obligés par le droit français et le droit grec d'annoncer (sauf exceptions) à la société le franchissement de leur part de certains seuils sur les actions jugés significatifs. Il s'agit des seuils du vingtième, dixième, trois vingtièmes, cinquième, quart, trois dixièmes, moitié, deux tiers, dix-huit vingtièmes ou dix-neuf vingtièmes du capital ou des droits de vote, à la baisse ou à la hausse pour le droit français (L233-7 C.com.- v. aussi cet article pour les exceptions), des 5% 10%, 15%, 20%, 25%, 1/3, 50% et 2/3 des actions offrant droit de vote pour le droit grec (9 §1 3556/2007). En droit français la personne tenue à la communication de l'information doit aussi la porter à la connaissance de l'autorité du marché – l'AMF étant chargée avec la diffusion de cette information au public, tandis qu'en droit grec c'est la société qui diffuse l'information au public avec communication de l'information à l'EK. Le droit français impose en plus expressément à l'acquéreur de déclarer les objectifs qu'il va poursuivre dans les douze mois qui vont suivre le franchissement (L233-7 VII C.com). Il prévoit d'ailleurs la possibilité des statuts de la société d'étendre l'obligation de déclaration à des franchissements de seuils moindres que le vingtième, à partir d'un pourcentage de 0,5 pour cent des droits de vote ou de capital (L233-7 III C.com.). D'autre part, le droit grec étend l'obligation de déclaration à tout actionnaire détenant un pourcentage d'actions avec droits de vote supérieurs à 10% des droits de vote pour toute modification de son pourcentage égale ou supérieure aux 3% des droits de vote (art. 9 L3556/2007). La non observation des obligations d'information en cas de franchissement de seuils est sanctionnée par la privation du droit de vote des actions dépassant le seuil pour une période de deux ans suivant la régularisation de la notification pour le droit français, atteinte certaine au "droit propre" de l'actionnaire de participer aux décisions de la société (L233-14 art. 1 C.com, infléchi toutefois par L233-7 VI C.com., qui permet aux statuts de prévoir que la sanction en cause sera appliquée seulement à la demande de certains actionnaires, les statuts ne pouvant pas exiger un plancher supérieur de 5 pour cent des actions pour l'exercice de ce droit). Pire encore pour ce « droit propre » de l'ordre public sociétaire du droit commun, l'ordre public économique des sociétés cotées du droit français donne au juge la faculté de suspendre totalement ou partiellement comme sanction d'omission de déclaration de franchissement d'un des seuils prévus par la loi pour une période ne pouvant dépasser les cinq ans l'ensemble des droits de vote de l'actionnaire fautif, à la demande du président de la société cotée concernée, d'un actionnaire ou de l'AMF (L233-14 al. 3 C.com.), dispositif pour lequel

il n'y a pas d'infléchissement statutaire possible<sup>1033</sup>. Il prévoit par ailleurs une sanction pénale pour l'omission de déclaration de la part de dirigeants de personnes morales ou de personnes physiques<sup>1034</sup>. De son côté, le droit grec évite de prononcer des sanctions concernant le droit de vote mais prévoit en cas d'omission de déclaration de franchissements des seuils de lourdes amendes pour les personnes tenues à ces obligations, des amendes imposées par l'EK et pouvant atteindre 1 million d'euros (art. 26 L3556/2007)<sup>1035</sup>.

### **Le rachat par la société cotée de ses propres actions**

Une autre question importante est celle du rachat par la société cotée de ses propres actions – opération devenue très courante les dernières décennies et visant à distribuer de la valeur aux actionnaires, à améliorer les ratios de performance sur les fonds propres, mais aussi à “doper” les cours des actions. La technique de rachat par la société cotée de ses propres actions est ainsi réputée les dernières décennies une technique normale de gestion financière, s'inscrivant notamment dans une logique de création de « valeur actionnariale ». L'opération de rachat des titres par la société peut d'ailleurs servir des opérations sociétaires complexes (opérations de croissance externe ou visant à modifier les rapports de contrôle au sein de la société, en permettant à la société de les « payer » par ses propres actions ainsi acquises)<sup>1036</sup>. De la sorte, on pourrait reconnaître aux opérations de rachat de ses propres titres par la société cotée une place dans le cadre des différents montages sociétaires. Ce qui est d'autre part sûr est que le rachat par la société de ses

---

<sup>1033</sup> Sur les sanctions de l'omission de déclaration des franchissements v. A.Couret-H. Le Nabasque et al., no 1515. v. sur la suspension automatique des droits de vote correspondant au dépassement non déclaré C.Cass. Ch.com. 10 mai 2006, Bull. Joly 2006 }237, note J.-J. Daigre, RTD com 2006, p. 623, obs N.Rontchevsky, CA Versailles 27 Juin 2007, Bull.Joly 2007, p. 1192, note 11 et pour un cas avec comme objet la privation totale des droits de vote prononcée en justice CA Paris 17 nov. 2006, Dr soc. 2007, com. 139, obs. Th.Bonneau (les juges ont refusé en l'espèce d'appliquer cette sanction drastique)

<sup>1034</sup> Selon l'art L247-2 I du Code de commerce, est puni d'une amende de 18 000 euros le fait, pour les présidents, les administrateurs, les membres du directoire, les gérants ou les directeurs généraux des personnes morales, ainsi que pour les personnes physiques de s'abstenir de remplir les obligations d'informations auxquelles cette personne est tenue, en application de l'article L233-7, du fait des participations qu'elle détient.

<sup>1035</sup> Sur les sanctions imposées par l'EK en cas d'omission de déclaration de franchissement de seuils imposés par la loi- v. D.Avgitidis, op. cit., p. 148. Ces sanctions peuvent être imposées distinctement à la société émettrice, aux membres de son conseil d'administration, à ses cadres dirigeants, au contrôleur intérieur et aux contrôleurs extérieurs.

<sup>1036</sup> V. A.Couret-H. Le Nabasque et al. n°1285 suiv., R.Mortier « Le rachat par la société de ses droits sociaux », Dalloz 2003.

propres actions relativise assez la position des actionnaires comme « créanciers de dernier rang » de la société (v. supra). Des auteurs français soulignent par ailleurs le paradoxe de ces rachats, qui contribuent décisivement au renversement de la fonction normale des marchés financiers, en aboutissant – de concert avec la montée des dividendes distribués – à distribuer aux marchés financiers plus d'argent que ces derniers n'apportent aux sociétés. En tout cas, et malgré une forte tendance de libéralisation, le rachat par une société cotée de ses propres actions est encadré par l'ordre public économique sociétairé dans les deux pays sous comparaison, l'importance des intérêts impliqués ne permettant pas de laisser la matière au domaine de la liberté contractuelle. Comme nous avons vu dans le Titre I, les deux droits sous comparaison admettent largement ce rachat de leurs actions par les sociétés cotées (L225-206 II suiv. C. com., 16 L2190/1920), mais le droit grec, tout en étant plus libéral que celui français pour le rachat par les AE de leurs propres actions en général, ne reconnaît plus depuis 2007 le rachat de leurs propres actions par les AE cotées effectué dans le seul but du soutien de leurs cours. Il s'agit d'une possibilité qu'offrait le régime antérieur, mais qui est jugée aujourd'hui comme côtoyant dangereusement la manipulation des cours<sup>1037</sup>. Pour le reste, comme nous avons vu dans le Titre I, le droit grec a aujourd'hui une disposition de droit commun pour la rachat par la société anonyme de ses propres actions, applicable à toutes les sociétés, cotées ou non cotées (art 16 L2190/1920), sans autre contrôle et limitation de finalité que celle mentionnée ci-dessus pour les sociétés cotées, mais avec une réglementation d'ordre public concernant la procédure, les garanties et le plafond de l'opération (v. supra Titre I sur ce régime). En droit français, la matière du rachat par la société de ses propres actions est marquée d'une manière plus prononcée qu'en droit grec par la distinction entre l'ordre public sociétairé du droit commun et l'ordre public économique des sociétés cotées. Le droit français a ainsi libéralisé en principe les finalités du rachat seulement pour les sociétés cotées, permettant les opérations de rachat dans un but de gestion financière, avec un plafond ex lege de dix pour cent (L225-209 C.com.)<sup>1038</sup>. Il est à noter que pour le droit français la procédure de rachat par la société

---

<sup>1037</sup> Sur cette réforme v. D. Avgitidis, p. 89, E. Perakis « Le nouveau droit... », p. 34.

<sup>1038</sup> Comme nous avons vu dans la Partie I, le régime du rachat par une société non cotée de ses propres actions est en droit français restrictif, le rachat étant permis seulement pour un *numerus clausus* de finalités impérativement prévues par la loi (L225-206II à L225-208 C.com.). Sur la réglementation impérative de l'art. L225-209 C.com. du rachat de leurs propres actions par les sociétés cotées v. A. Couret-H. Le Nabasque et al. n° 1288 suiv. V. aussi art. L225-210 et infra Partie I sur les conditions du rachat pour toute SA et le régime des actions auto-détenues et L225-14 sur les actions acquises en violation des dispositions légales. Sur le rôle de l'AMF v. L225-112 C.com. Le droit français prévoit en plus des procédures particulières pour le rachat par la société de ses actions de préférence (L228-12, L228-20 C.com.), ainsi qu'une procédure pour le rachat par la société de ses propres actions admis sur un système unilatéral de négociations se conformant au dispositif de

cotée de ses propres actions de l'art. L225-209 C.com. peut être un moyen alternatif de réduction du capital social, en permettant ainsi cette réduction avec une procédure plus simple que celle du droit commun, possibilité qui n'existe pas en droit grec<sup>1039</sup>. La réglementation communautaire sur les abus de marché et notamment sur la prohibition des manipulations des cours a toutefois engendré des doutes en la matière, le droit financier d'origine communautaire et son ordre public orienté vers le service de l'intérêt du marché entrant en antagonisme avec le libéralisme du droit français des sociétés cotées en matière de rachat par ces dernières de leurs propres actions<sup>1040</sup>. Le législateur français maintient aujourd'hui ses solutions, n'ayant pas prohibé, à la différence de celui grec, le rachat par une société cotée de ses propres actions dans le but de soutenir leur cours ; néanmoins, selon l'AMF les opérations de rachat dans un but de régularisation des cours ou « en fonction de la situation du marché » ne sont plus conformes avec le droit communautaire<sup>1041</sup>.

#### **Appréciation critique de l'impératif d'information de l'ordre public économique sociétaire des marchés financiers**

L'introduction d'un impératif renforcé d'information à la charge des sociétés cotées n'est pas laissée en dehors de la portée des critiques. D'une part, pour les uns, la diffusion de toute cette masse d'information n'ajoute pas grand chose à la capacité de l'investisseur de prendre des décisions "correctes", tout simplement parce qu'il est "noyé" dans cette masse, cette dernière présentant d'ailleurs un coût important pour les sociétés<sup>1042</sup>. L'augmentation de la quantité et de la complexité de l'information diffusée par les émetteurs

---

protections face aux abus de marché (L225-209-1 C.com.). Sur le rachat par une société cotée de ses propres actions et l'égalité entre actionnaires v. M.Boizard, thèse précitée, nos 429 suiv.

<sup>1039</sup> Sur cette dualité de régime quant à la réduction du capital et ses raisons v. A.Couret- H. Le Nabasque et al, n°1317. Les conséquences pratiques en sont notamment que la procédure de l'art. L225-209 C.com. permet aux sociétés cotées de réduire leur capital en écartant le droit d'opposition des créanciers et d'éviter l'offre publique de rachat qui est obligatoire pour les sociétés cotées en cas de rachat de leurs actions dans le cadre d'une réduction de capital de droit commun. En tout cas, c'est l'assemblée générale extraordinaire qui a impérativement la compétence de décider la réduction du capital social par le biais de l'article L225-209.

<sup>1040</sup> A.Couret-H. Le Nabasque et al., n° 1299.

<sup>1041</sup> Sur les finalités du programme de rachat de ses propres actions par la société cotée pour le droit communautaire et la distinction entre finalités bénéficiant d'une présomption irréfragable de licéité à l'égard de la prohibition de manipulation des cours, de celles bénéficiant d'une présomption simple et de celles ne bénéficiant d'aucune présomption de licéité v. A.Couret-H. Le Nabasque et al. n° 1299 suiv, J.Méadel, thèse précitée, p. 124 suiv. Sur la position de l'AMF v. AMF « La mise en oeuvre du nouveau régime de rachat d'actions propres », Revue AMF, mars 2005, p. 13. Pour le droit grec v. D.Avigitidis, op. cit., p. 99, E.Perakis « Le nouveau droit... », p. 34.

<sup>1042</sup> Ainsi P. Didier, t. 3, p. 192.

rend d'ailleurs l'investisseur individuel plus dépendant des différents professionnels et intermédiaires pouvant analyser cette information. Une autre critique à l'égard de l'impératif de l'information dans des sociétés cotées concerne le cœur du problème des relations entre le marché et l'entreprise : la diffusion obligatoire d'une information destinée à permettre aux investisseurs de réagir au plus vite possible aux évolutions de la vie sociale avec comme critère leurs intérêts immédiats personnels constitue une contrainte certaine sur les dirigeants des sociétés cotées, qui, dans un contexte de concurrence sur les marchés de capitaux et sous la crainte de la réaction négative des marchés, peuvent privilégier des logiques à court terme, au détriment du développement de l'entreprise et de ses équilibres intérieurs<sup>1043</sup>. L'exemple des nouvelles règles comptables aujourd'hui impérativement en vigueur dans les deux pays sous comparaison est d'ailleurs très éloquent pour ces dangers. Aujourd'hui, le droit communautaire (Règlement 1606/2202 du Parlement et du Conseil) impose aux pays membres de l'Union - dont la France et la Grèce - l'application impérative par leurs sociétés cotées des règles comptables IFRS de l'IASB (International Accounting Standard Board), association privée d'influence anglo-saxonne. Il s'agit d'un nouveau cas d'entrecroisement et de synergie entre ordre public et ordre privé économiques en matière sociétaire - en plus ordre économique largement international. Les règles IFRS imposent l'évolution des actifs du bilan des sociétés cotées selon leur « juste valeur », autrement dit la valeur du marché. L'introduction de ce dispositif visait à donner aux investisseurs une information sur les sociétés cotées plus fiable et plus fidèle à la réalité changeante du marché ; toutefois, outre une incitation complémentaire au court-termisme pour les dirigeants des sociétés cotées, les règles IFRS ont joué un rôle important dans la propagation de la crise financière récente, en assombrissant les bilans de sociétés pour le reste prospères mais détenant des actifs financiers dépréciés sur le marché à cause de la crise<sup>1044</sup>. Plus généralement, on pourrait peut-être considérer que le fondement intellectuel même de cet ordre public économique « informationnel » des sociétés cotées, à savoir l'hypothèse de l'« efficience » du marché financier, est illusoire : selon un courant de pensée critique que nous avons mentionné ci-dessus, le marché financier ne forme pas ses prix à la suite d'une appréciation rationnelle par les investisseurs de l'information disponible sur les sociétés cotées, appréciation reflétant la « juste valeur » du titre ; selon ce point de vue, les prix du marché financier sont largement déterminés par la psychologie des investisseurs, y

---

<sup>1043</sup> Sur l'ensemble du débat v. L. Convert, op. cit., n<sup>os</sup> 233 suiv. (traitant de l'ensemble du modèle de la corporate governance) ; v. aussi les ouvrages de M. Aglietta - A. Rébérioux et P. Arthus - M. P. Virard, précités.

<sup>1044</sup> V. J-P de Gastet - A. Palmade « Comment l'accumulation de règles inadaptées a permis de porter la crise à son paroxysme », Rec. Dalloz 2009, p.379

compris par des tendances psychologiques irrationnels, avec comportements grégaires et alternance de périodes d'emballement et de panique même à un niveau très avancé de professionnalisation de la gestion des portefeuilles<sup>1045</sup>. Si l'on admet cette critique, la valeur de l'ordre public économique « informationnel » des sociétés cotées se trouve beaucoup relativisée, et on pourrait même penser que certaines de ses prescriptions s'avèrent inutiles ou même néfastes ; pourtant, il demeure vrai que des marchés financiers opaques et inégalitaires devant l'information sont beaucoup plus dangereux du point de vue de manipulations éventuelles que ceux offrant certains standards impératifs de transparence et d'une certaine égalité d'information concernant les sociétés cotées.

### **Ordre public des sociétés cotées et montages sociétaires**

En imposant des obligations supplémentaires aux sociétés cotées, à leurs dirigeants et aussi, dans certains cas, à leurs actionnaires, l'ordre public sociétaire des marchés financiers est amené à tenir compte du phénomène des montages sociétaires. L'introduction à la Bourse d'une société est tout d'abord critique pour le dénouement des montages de capital-investissement (v. infra Partie II), montages caractéristiques pour le capitalisme des dernières décennies et réputés nécessaires pour le financement de nouvelles entreprises innovantes. L'introduction de telles entreprises à la Bourse ne va pas toutefois toujours sans danger, notamment dans les périodes d'euphorie boursière, où même des projets illusoire peuvent sembler prometteurs et pendant lesquelles l'information disponible est interprétée d'une manière ultra-optimiste. Le respect des prescriptions de l'ordre public financier en matière d'introduction de sociétés à la Bourse a ainsi un rôle - même relatif - de protection du marché pour ce qui concerne les introductions d'entreprises innovantes, ou présentée comme telles, financées par le recours aux montages avec participation du capital-investissement<sup>1046</sup>. L'introduction de la société à la Bourse peut par ailleurs devenir un objet de pactes extra-statutaires entre actionnaires et constituer un paramètre important dans l'équilibre de ces pactes<sup>1047</sup>. Dans les sociétés de droit commun, on rencontre souvent aujourd'hui des clauses statutaires tendant à restreindre la libre transmissibilité des actions - clauses qui peuvent être utilisées comme pièces dans certains montages de stabilisation du contrôle dans une société, dans le cadre du courant plus général de "contractualisation" des

---

<sup>1045</sup> Sur la théorie de l'efficience des marchés financiers présentée par E.Fama v. H. de Vauplane -J-P Bornet, n°1013. Sur l'irrationalité des marchés financiers v. *ibid*, n°506. Pour un bref aperçu du débat parmi les économistes sur le caractère efficient des marchés financiers v. J.Stiglitz - C.E Walsh - J-D Laffay *op.cit.*, p.828.

<sup>1046</sup> F-D Poitral « Le capital-investissement », Banque éditeur, 2007.

<sup>1047</sup> Sur la clause de sortie en Bourse v. Ph. Puech - X. Vamparys, *Bull. Joly sociétés* 2008 p. 262.

sociétés. Pourtant, ces clauses semblent incompatibles avec l'ordre public économique financier, car elles mettent des entraves au fonctionnement normal du marché sur les titres cotés. La situation est différente avec les pactes extra-statutaires d'actionnaires, autre pièce essentielle des montages sociétaires : si la libre négociabilité des actions est essentielle pour le bon fonctionnement du marché financier secondaire, une certaine stabilité du capital et de la majorité peut être utile même au sein des sociétés cotées, et les pactes extra-statutaires, avec leurs effets en principe relatifs, ne peuvent pas en principe perturber le bon fonctionnement du marché boursier. Mais les pactes extra-statutaires de stabilisation du capital ou de la majorité dans la société peuvent avoir des effets indirects sur le marché et se pose la question de leur soumission à l'obligation impérative de transparence, principe capital plus généralement pour l'ordre public économique du marché financier. Le problème des pactes restreignant la libre négociabilité des actions s'entrecroise bien sûr avec le problème de la réglementation des offres publiques et des montages de défense anti-OPA (v. infra). Le droit français d'abord a tenu compte d'une autre situation apparentée aux montages, celle de l'effort de prendre de concert le contrôle d'une société – soit sur le fondement d'une relation de base d'alliance juridico-économique, soit avec le seul but de contourner la réglementation impérative en place. Pour le droit français sont aujourd'hui réputées agissant de concert les personnes qui ont conclu un accord en vue d'acquiescer, de céder ou d'exercer des droits de vote, pour mettre en oeuvre une politique commune vis-à-vis de la société ou pour obtenir le contrôle de cette société (L233-10 C.com.). L'accord ne doit pas être conclu nécessairement par écrit, il peut être même tacite, il ne doit pas même nécessairement avoir un caractère contraignant. Mais l'action de concert ne peut pas résulter d'un simple parallélisme de comportements, les contours exacts de la notion d'action de concert n'étant pas par ailleurs un sujet exempt d'incertitudes<sup>1048</sup>. Le droit français prévoit des présomptions d'action de concert entre une société et ses dirigeants, entre une société et d'autres sociétés contrôlées par celle-ci, entre les sociétés contrôlées par la même ou les mêmes personnes, entre les associés d'une SAS et les sociétés que celle-ci contrôle, entre le fiduciaire et le bénéficiaire d'un contrat de fiducie, si le bénéficiaire est le constituant (L233-10 II C.com). Nous voyons ainsi que le droit français tient notamment compte du phénomène de contrôle, mais aussi de celui du « montage structurel » du groupe de sociétés, pour appréhender ces cas d'actions de concert. Plus généralement, l'action de concert se combine souvent dans la pratique

---

<sup>1048</sup> V. p ex CA Paris 2 avr. 2008, Bull.Joly sociétés 2008 p. 441, obs. H. Le Nabasque. V. plus généralement sur l'action de concert pour le droit français D.Schmidt-N. Rontchevsky « Action de concert » in Répertoire de droit des sociétés Dalloz.

française avec d'autres montages ou avec des techniques utilisées dans le cadre de montages (recours à des sociétés holding, portage, pactes de préemption, promesses unilatérales croisées, clauses d'inaliénabilité, droit de sortie conjointe, conventions de vote, mandat de vote, indivision, mandat d'achat)<sup>1049</sup>. Le droit français prévoit une solidarité de portée générale pesant sur les concertistes pour les obligations que les lois et les règlements leur imposent (L233-10 III C.com.), tandis que pour ce qui concerne le calcul des franchissements des seuils et le déclenchement des obligations d'information en découlant, les actions et droits de vote possédés par le concertiste subsidiaire sont assimilés à ceux du concertiste principal (L233-9 I C.com). De l'autre côté de la comparaison, le droit grec a introduit la notion d'action de concert sous l'influence du droit communautaire<sup>1050</sup>. Ainsi aujourd'hui l'art. 10 L3556/2007, transposant en droit grec la directive 2004/109, prévoit que l'obligation de déclaration de franchissement des seuils significatifs en cas d'acquisition ou cessions de droits de vote s'applique aussi dans le cas des personnes agissant de concert. Sont réputées par cet article agir de concert les personnes ayant conclu un accord de politique commune au sein de la société par le biais d'exercice coordonné de leurs droit de vote (v. infra l'action de concert dans la réglementation grecque des offres publiques obligatoires). Sous l'influence du droit communautaire, les deux droits sous comparaison tiennent plus généralement compte des montages pour ce qui concerne les franchissements de seuils, en tenant compte de certains cas de possession indirecte ou sans propriété formelle des droits de vote ou de capital pour le calcul du franchissement des seuils déclenchant l'obligation d'information (L233-9 I C.com., 10 L3556/2007 – ainsi notamment pour les droits de vote possédés pour le compte d'un autre, pour les droits de vote qu'une personne peut exercer sur le fondement d'un accord avec leur propriétaire, pour ceux détenus par une personne en tant qu'usufruitier ou par une personne morale contrôlée par un autre – v. en plus infra sur les montages dits de « empty voting » de dissociation entre propriété apparente et propriété économique par l'utilisation de produits dérivés).

La pratique recourt aussi - et peut-être principalement - à des montages visant à l'acquisition du contrôle d'une société cotée ou, à sens inverse, visant à déjouer des tentatives de prise du contrôle, ou du moins à stabiliser les équilibres au sein de la société cotée, des montages qui ont provoqué une intervention de l'ordre public économique des

---

<sup>1049</sup> V. sur les techniques utilisées dans le cadre de l'action de concert M.Laprade « Concert et contrôle. Plaidoyer en faveur d'une reconnaissance de l'action de concert par le droit des sociétés», Ed. Joly 2007

<sup>1050</sup> Sur l'action de concert en droit grec v. K. Djoufas DEE 2003, p. 918, D.Avgitidis, op.cit, p.164 suiv.



sociétés cotées dans le but de leur réglementation (v. infra sur ces montages à l'occasion des développements sur les offres publiques, y compris pour l'utilisation de l'action de concert dans l'effort de prise du contrôle). La vie des sociétés cotées connaît d'ailleurs d'autres montages, beaucoup plus dangereux, visant à porter atteinte aux prescriptions impératives de l'ordre public des marchés financiers : on peut mentionner à ce titre les opérations de manipulation des cours par le biais de différentes entités appartenant à un groupe de sociétés, mais aussi l'effort de « maquiller » la situation des comptes sociaux par le recours à des sociétés-véhicules (une pratique dans laquelle ont « excellé » les dirigeants d'Enron)<sup>1051</sup>. Il s'agit bien sûr de pratiques contre lesquelles l'ordre public sociétaire des marchés financiers doit lutter sans relâche. On pourrait plus généralement dire que le droit des marchés financiers et son ordre public ont joué un rôle important dans la prise en compte des montages sociétaires par le droit, notamment en France, à cause de leur pragmatisme et de leur tendance à appréhender les véritables relations de pouvoir et d'intérêt derrière la forme juridique<sup>1052</sup>. On devrait à cette place signaler une autre particularité du droit français, permettant la sécurisation des différents montages sociétaires dans le cadre des sociétés cotées, à savoir la possibilité de recours à la technique du rescrit (art. 121-1 suiv. Règl. gén. AMF) ; les personnes qui envisagent une opération juridique complexe pour la licéité de laquelle elles éprouvent quelques doutes, peuvent ainsi la soumettre préalablement au jugement de l'Autorité de marché, l'acceptation par cette dernière de la licéité de l'opération en cause empêchant toute sanction ou déclenchement de procédure de la part de l'Autorité pour l'avenir<sup>1053</sup>.

## **B. L'émergence du modèle de la « gouvernance d'entreprise »<sup>1054</sup>**

---

<sup>1051</sup> Sur la possibilité d'existence de montages dangereux dans les sociétés cotées v. M. - A. Frison-Roche « Régulation et droit des sociétés », in Mélanges D. Schmidt, n° 16, v. aussi les cas mentionnés par S. Pagoni op. cit., p. 229 suiv.

<sup>1052</sup> Sur ces caractéristiques du droit des marchés financier et des sociétés cotées v. M.Boizard, n°554 suiv.

<sup>1053</sup> Mais le demandeur doit se conformer de bonne foi au rescrit et le rescrit ne vaut que pour celui-ci.

<sup>1054</sup> Bibliographie française (ouvrages spécialisés) : Ph. Bissara- R. Foy-A. de Vauplane « Droit et pratique de la gouvernance des sociétés cotées. Conseils et comités », Joly éditions – Ansa 2007, J.-J. Caussain « Le gouvernement d'entreprise. Le pouvoir rendu aux actionnaires », Litec 2005. B. Marois-B. Bonpoint « Gouvernement d'entreprise et communication financière », Economica 2004, I. Parachkévova « Le pouvoir d'investisseur dans la société cotée », LGDJ 2005. V. aussi V. Magnier « Gouvernance des sociétés cotées », Répertoire de droit des sociétés Dalloz. Bibliographie grecque (ouvrages spécialisés) S. Mousoulas « Gouvernement d'entreprise », éd. Sakkoula 2003, du même « La loi 3016/2003 sur le gouvernement d'entreprise. Commentaire des articles et évaluation du point de vue des investisseurs institutionnels », éd. Sakkoula, 2003.

### **Le mouvement de la « gouvernance d'entreprise »**

Le renforcement des obligations pesant sur les sociétés cotées peut être dans une large mesure expliqué par l'influence accrue à l'échelle même mondiale du mouvement de la « gouvernance d'entreprise », mouvement qui constitue un modèle plus général de gouvernement des sociétés cotées. Il s'agit d'un modèle d'abord américain, concernant l'organisation et l'orientation du pouvoir dans les grandes sociétés ouvertes au public, étant devenu à des degrés différents une source importante de l'ordre public sociétair en France et en Grèce. Il s'agit d'une acculturation juridique quelque peu paradoxale, car le modèle de la gouvernance d'entreprise avait été conçu et proposé aux Etats-Unis par un organisme privé (American Law Bar Association) et dans une perspective de « soft-law » et de « meilleure pratique ». La « gouvernance d'entreprise » (corporate governance) vise à donner une réponse au problème classique de la dissociation entre la « propriété » et le contrôle, relevée pour les sociétés cotées déjà dès les années 1930 par l'ouvrage classique d'A. Bearl et G. Means<sup>1055</sup>. Les dirigeants de ces sociétés ont eu par ailleurs souvent recours à des « stratégies d'enracinement », de véritables montages juridico-économiques visant à rendre leur remplacement très difficile pour la société. Elle vise à soumettre le pouvoir dans la société – notamment celui « exécutif » – à un haut degré de transparence et de contrôle, toute en l'orientant vers la priorité pour la « valeur actionnariale ». Ainsi comprise, la « gouvernance d'entreprise » est devenue la plate-forme politique des puissants investisseurs institutionnels, notamment d'origine anglo-saxonne, évolution qui – dans un monde d'internationalisation des marchés financiers – a conduit à la propagation internationale du modèle. La gouvernance d'entreprise n'est pas restée toutefois exempte de critiques concernant d'abord son effectivité, étant donné que dans le passé des sociétés impliquées à des scandales colossaux s'étaient présentées comme des champions de ce mouvement vertueux. Ensuite, le point de vue initial du modèle, à savoir la possibilité d'écarter largement l'impératif légal par le recours aux « meilleures pratiques » approuvées par le marché, a été dans plusieurs cas démenti et les ambitions sont aujourd'hui moindres en la matière<sup>1056</sup>. Finalement, les entreprises puissantes, tout en étant aujourd'hui dans la plupart capitalistes, sont des organisations économiques et sociales complexes nécessitant l'obtention d'équilibre et de compromis à leur intérieur, ainsi qu'un point de vue tourné vers le moyen et le long terme, leur activité ayant par ailleurs des « externalités » importantes – emploi, environnement, équilibre régional ou même de l'économie nationale-, de sorte que

---

<sup>1055</sup> A. Bearl - G. Means «The Modern Corporation and Private Property», 1932.

<sup>1056</sup> P. Bézard «La mondialisation, la crise des marchés financiers et l'évolution de la réglementation applicable aux sociétés», in Mélanges Y. Guyon, Dalloz 2003, p. 83

la poursuite par l'entreprise de la seule valeur actionnariale, bien que conforme aux relations actuelles de pouvoir au sein de ces entreprises, est pour le moins réductrice (v. supra sur le débat)<sup>1057</sup>. D'où un intérêt important parallèle d'un courant d'auteurs sur la responsabilité sociale de l'entreprise ou la recherche d'un gouvernement d'entreprise à l'européenne<sup>1058</sup>. Pour un autre courant de pensée, l'objectif devrait être plus radicalement de libérer l'entreprise de la domination de la finance, point de vue qui diverge beaucoup des prémisses et des finalités du courant de la « gouvernance d'entreprise » à l'anglo-saxonne<sup>1059</sup>. Il est toutefois vrai que le modèle de la gouvernance d'entreprise, malgré ses défauts, a au moins posé la question de l'opacité et des défauts de contrôle dans la gestion des grandes entreprises, et des observateurs avertis remarquent que beaucoup de choses restent encore à être faites dans certains domaines particulièrement importants de l'économie pour réduire ces situations nuisibles<sup>1060</sup>.

### **La « gouvernance d'entreprise » en droit français – le rôle de l'ordre public et de l'ordre privé**

La particularité du droit français est que l'influence du modèle de la «gouvernance d'entreprise » a été exercé non seulement sur les sociétés cotées, mais aussi sur l'ensemble des sociétés anonymes, avec comme méthode souvent la mobilisation de l'impératif du droit des sociétés (v. supra, Titre I, sur l'effort du législateur français de réduire les mandats réciproques et d'imposer plus de transparence en droit des SA et sur le renforcement des droits d'information des membres du conseil d'administration). Pour les sociétés cotées, cette intervention impérative a été prolongée par les recommandations de la COB et ensuite de l'AMF, qui ont pratiquement imposé des obligations d'informations supplémentaires, au-delà de celles prévues par la loi<sup>1061</sup>. Le droit français n'est pas intervenu impérativement pour obliger à une distinction des membres du conseil d'administration de la SA en exécutifs et non exécutifs ou pour introduire des administrateurs «indépendants » au sein de ces derniers. Des auteurs remarquent par

---

<sup>1057</sup> Sur l'entreprise-organisation ne pouvant pas servir exclusivement la maximisation du profit de ses actionnaires v. H. Simon-J. C. March «Organizations and Markets», *Journal of Economic Perspectives*, vol. 5, n<sup>o</sup> 2, printemps, p. 25-44, H. Simon «Organizations», 1958, John Wiley and Sons, édition française 1991, Dunöd, A. Réberieux « Gouvernement d'entreprise et théorie de la firme: de la valeur actionnariale à la citoyenneté industrielle », thèse d'économie, Paris X, Nanterre, K. Greenfield «The failure of corporate law», précité, spéc. p. 153 suiv.

<sup>1058</sup> L. Kotsiris (en grec) « La responsabilité sociale des sociétés », *EEmpD* 2003, p. 14.

<sup>1059</sup> V. p. ex. D. Bachet « Les fondements de l'entreprise - Construire une alternative à la domination financière », Editions de l'Atelier, 2007.

<sup>1060</sup> V. ainsi M. Aglietta, « La crise » (précité) sur les retards de « gouvernance d'entreprise » dans le secteur bancaire.

<sup>1061</sup> Ph. Bissara -R. Foy- A. de Vauplane, op. cit., p. 23 suiv.

ailleurs que la distinction entre membres du conseil d'administration exécutifs et non exécutifs correspond plutôt au parcours historique des sociétés américaines et que le droit français donne déjà des solutions satisfaisantes en la matière, en plafonnant impérativement le nombre des salariés membres du conseil (L225-22 al. 2 C.com)<sup>1062</sup>. Le droit français reconnaissait par ailleurs déjà la possibilité d'assistance de l'oeuvre des organes exécutifs collectifs de la société par le recours à des comités spécialisés, et laissait ouverte la possibilité d'introduire des « censeurs » au sein de la société, possibilités qui, bien que de droit supplétif, vont dans le sens de la « gouvernance d'entreprise »<sup>1063</sup>. Le législateur français a néanmoins rendu obligatoire la constitution d'un comité d'audit dans les sociétés cotées (art. L823-19 C.com.)<sup>1064</sup>. Ce dispositif d'ordre public a été en plus prolongé en France par l'influence d'un ordre privé économique, de provenance des organisations patronales et professionnelles, faisant pression pour l'introduction d'administrateurs indépendants aux sociétés cotées et contribuant à préciser cette notion cruciale d'administrateur indépendant<sup>1065</sup>. Il est à noter que cet ordre privé de la gouvernance d'entreprise est particulièrement hostile à l'utilisation de certaines possibilités offertes par la loi visant au « verrouillage » du pouvoir et pouvant être utilisés dans le cadre de montages, p.ex. l'introduction d'actions à droit de vote double<sup>1066</sup>.

### **Gouvernance d'entreprise et ordre public sociétaire en droit grec**

Le droit grec a suivi une voie différente que celle du droit français. Le législateur grec a ainsi introduit en 2003 impérativement pour les sociétés cotées l'essentiel du « noyau dur » du modèle de gouvernance d'entreprise (L3016/2002)<sup>1067</sup>: distinction entre les membres du

---

<sup>1062</sup> Selon l'art. L225-22 al.2 C.com, disposition de droit commun pour les sociétés anonymes, le nombre des administrateurs liés à la société par un contrat de travail ne peut dépasser le tiers des administrateurs en fonction. V. aussi L225-23 C.com pour l'élection d'administrateurs salariés dans les sociétés cotées, si l'actionnariat salarial dépasse les 3% du capital social.

<sup>1063</sup> Sur les comités v. R225-29 C.com, permettant au conseil d'administration de « décider la création des comités chargés d'étudier les questions que lui-même ou son président soumet, pour avis, à leur examen ». Sur le censeur, non prévu expressément par un texte, mais bénéficiant d'une longue en France v. P. Le Cannu - B.Dondero n° 889, A.Bienvenu - Perrot « Des censeurs du XIXe siècle au groupement d'entreprise du XXIe siècle », RTD com. 2003, p. 449.

<sup>1064</sup> Le caractère obligatoire du comité d'audit a été introduit par l'ordonnance du 8 janvier 2008. v. sur la composition, la mission et le fonctionnement de ce comité P. Le Cannu - B.Dondero n°888.

<sup>1065</sup> Ph. Bissara-R. Foy-A. de Vauplane, op. cit., p. 25 et les annexes de leur ouvrage (notamment sur la notion d'indépendance d'administrateur) avec les textes de provenance des organisations patronales, p. 275 suiv.

<sup>1066</sup> M. Storck « Gouvernement d'entreprise et gestion collective », Etudes offertes à J. Beguin, Litec 2005, p. 701 suiv., spécialement p. 710.

<sup>1067</sup> S. Mousoulas « La loi 3016/2003 », ouvrage précité, I. Markou (en grec) « Mythes et réalité dans le gouvernement d'entreprise de la loi 3016/2002 », El. Dik. 2004, p. 1273, K. Pamboukis

conseil d'administration « exécutifs » et « non exécutifs », introduction obligatoire de principe de quelques membres indépendants parmi les membres non exécutifs, obligation des membres du conseil de faire connaître toute situation de conflit d'intérêts et de ne pas poursuivre leur intérêt propre en cas d'un tel conflit avec la société, adoption obligatoire d'un règlement intérieur, prévision obligatoire d'un service indépendant de contrôle interne (art. 3-7 L3016/2002)<sup>1068</sup>. Le droit grec a ainsi imposé, à la différence du droit français, un régime spécial d'ordre public de gouvernance des sociétés cotées, régime dont le respect est largement confié à l'autorité grecque du marché (EK). Les prévisions impératives concernant la composition du conseil d'administration des sociétés cotées sont ainsi renforcées par la prévision d'amendes que l'EK peut imposer en cas de leur violation, la loi prévoyant toutefois expressément qu'une composition du conseil d'administration d'une société cotée contraire aux prescriptions impératives légales n'emporte en aucun cas la nullité des délibérations et décisions de cet organe (art. 10 L3016/2002)<sup>1069</sup>. L'existence d'un règlement intérieur et celle d'un service indépendant de contrôle interne sont par ailleurs des conditions impératives pour l'introduction d'une société à la Bourse (6, 7 L3016/2002). La doctrine grecque est toutefois réservée quant aux critères de la distinction entre membres exécutifs et non exécutifs du conseil d'administration, en observant – comme d'ailleurs des auteurs français (v. supra) – que cette distinction correspond plutôt aux réalités et besoins des sociétés américaines<sup>1070</sup>. La distinction des membres du conseil d'administration des sociétés cotées grecques en membres exécutifs et non exécutifs a d'autre part une importance certaine pour la détermination de l'étendue de la responsabilité de chacun des administrateurs pour faute de gestion ayant causé un dommage à la société, la réforme de 2007 du droit commun des sociétés anonymes ayant expressément introduit

---

« L'« intérêt social général » comme idée centrale à l'institution de la gouvernance d'entreprise », EpiskED 2003, p. 955.

<sup>1068</sup> L'art 3 de la loi impose que le tiers au moins des membres du conseil d'administration des sociétés cotées grecques soit réservé aux membres non exécutifs et qu'au moins deux des membres non exécutifs doivent être « indépendants », sauf s'il y a droit statutaire de participation obligatoire de la minorité des actionnaires au conseil selon l'art. 18 L2190/1920 (v. supra) ou, selon la doctrine, s'il y a prévision d'élection des administrateurs proportionnellement sur le fondement de listes. La définition de l'« indépendance » est donnée négativement dans l'art. 4, par l'exclusion des personnes détenant un pourcentage du capital de la société supérieur à 0,5% et celles jouant un rôle « exécutif » dans la société ou les sociétés du même groupe ou ayant une relation de travail subordonné ou de mandat rémunéré avec les mêmes entités ou étant des clients ou fournisseurs importants de la société ou ayant des liens professionnels avec la société cotée ou avec celles du même groupe pouvant influencer leurs activités. V. sur l'ensemble de la question D. Avgitidis, op. cit., p. 103 suiv.

<sup>1069</sup> V. D. Avgitidis, op. cit., p. 108.

<sup>1070</sup> L. Athanassiou (en grec) « Introduction des membres non exécutifs au CA des sociétés cotées : obligations et responsabilité », EEmpD 2003, p. 288, spéc. p. 301 suiv.

l'individualisation de cette responsabilité suivant la répartition des tâches entre les membres du conseil (art 22a L2190/1920 –v. supra). Le droit grec a par ailleurs impérativement renforcé les obligations d'information des actionnaires pesant sur la société cotée dans le cadre de son effort de promouvoir la « gouvernance d'entreprise » ; il a entendu par ailleurs engager mieux le conseil d'administration de la société cotée quant à l'usage des fonds levés par le biais d'une augmentation du capital de la société en numéraire<sup>1071</sup>. La loi a fixé comme objectif de l'administration des AE cotées la poursuite de l' « intérêt social général » et la maximisation de la valeur de la société à long terme (art. 2 §1 L 3016/2002) – prévision qui semble correspondre à une version « modérée » de la gouvernance d'entreprise. La doctrine grecque croit toutefois que cette disposition est problématique : les notions utilisées sont floues, on ne voit pas pourquoi elles sont réservées aux seules sociétés cotées, les obligations imposées aux administrateurs des sociétés cotées ne peuvent servir même dans la détermination de l'étendue de leur responsabilité, après l'adoption par le droit commun des AE du « business judgment rule » (v. supra)<sup>1072</sup>. Comme nous avons d'ailleurs déjà relevé, la réforme de 2007 du droit des AE a généralisé pour toutes les sociétés anonymes grecques les prévisions concernant les conflits d'intérêts des administrateurs avec la société d'abord introduites en 2002 pour les seules sociétés anonymes cotées (art. 2}}2-4 L3016/2002). La doctrine grecque remarque que cette généralisation fait perdre leur importance aux dispositions spéciales de la loi 3016/2002 sur les sociétés cotées<sup>1073</sup>.

### **Le problème des administrateurs indépendants et l'ordre public sociétaire- appréciation finale sur la gouvernance d'entreprise**

Au-delà de la question des finalités, le point crucial de la gouvernance d'entreprise – et peut-être son talon d'Achille- est le rôle des administrateurs indépendants au sein des conseils, ces administrateurs devant combiner indépendance réelle et compétence, afin qu'ils ne deviennent pas de simples alibis pour les véritables détenteurs du pouvoir au sein

---

<sup>1071</sup> L'art 5 de la décision 5/204/2000 EK (Autorité du marché grecque) prévoit l'obligation pour les sociétés cotées de disposer d'un service facilitant les actionnaires d'exercer leurs droits, ayant la responsabilité de leurs informations immédiates et égales sur tous les événements concernant l'exercice de leurs droits et l'envoi à tout intéressé de l'information publiée par la société. Pour ce qui concerne les augmentations du capital en numéraire des sociétés cotées, l'art 9 L3010/2002 prévoit que le conseil d'administration doit préciser dans son rapport à l'assemblée générale l'emploi auquel sont destinés les fonds qui vont être levés, tout écart important de cet emploi devant faire impérativement l'objet d'une décision préalable du conseil à la majorité des  $\frac{3}{4}$  et d'une décision spéciale de l'assemblée générale. Sur cette prévision et les sanctions v. D. Avgitidis, op. cit., p. 111.

<sup>1072</sup> V. D. Avgitidis p. 109, K. Pamboukis « L' « intérêt social... » article précité, p. 953.

<sup>1073</sup> V. les auteurs cités dans la note précédente.

des entreprises<sup>1074</sup>. On pourrait d'ailleurs se demander dans quelle mesure peuvent être indépendantes des personnes qui en fin de compte sont nommés par le véritable détenteur du pouvoir au sein de la société. On doit en plus souligner à cette place une tension qui peut exister entre certaines méthodes de « gouvernance d'entreprise » et l'ordre public sociétaire : il s'agit de la tendance de confier des tâches importantes à des comités étant réputés aider le conseil d'administration à la prise de ses décisions. Ces comités doivent exactement aider l'organe exécutif principal établi par l'ordre public sociétaire, ils ne doivent en aucun cas constituer un moyen de contournement de ses compétences ou une technique pour le vider de tout sens, comme c'est parfois le cas. Plus généralement, on pourrait douter combien les principes et méthodes de « gouvernance d'entreprise » aient pu vraiment mettre sous contrôle les dirigeants des sociétés cotées : s'il est vrai que la « gouvernance d'entreprise » a aidé au tournant vers la priorité absolue à la « valeur actionnaire », de nombreux observateurs croient que dans le capitalisme contemporain ce sont souvent les entreprises qui servent les intérêts de leurs dirigeants et non l'inverse, notamment par l'envol de rémunérations des dirigeants et les effets pervers des stock-options. Il semblerait d'ailleurs assez douteux de soutenir que la « gouvernance d'entreprise » ait vraiment rendu plus transparent l'exercice du « noyau dur » du pouvoir au sein des sociétés cotées.

## **§ 2. L'ordre public de la prise et du renforcement du contrôle dans les sociétés cotées**

L'ordre public des marchés financiers régule normalement des transactions impersonnelles, concernant chacune typiquement un nombre restreint des titres sociaux de la société cotée, de sorte qu'aucune transaction seule ne puisse influencer décisivement le prix du titre. Mais la prise de contrôle d'une société cotée échappe par son importance, ses modalités et ses effets à ce modèle, les marchés financiers devenant de la sorte des marchés non seulement de titres, mais aussi du contrôle des sociétés cotées<sup>1075</sup>. D'où, en France et en Grèce, l'émergence d'un ordre public sociétaire régulateur de la prise du

---

<sup>1074</sup> E. Scholastique « L'administrateur indépendant. Quelle indépendance? » in dossier du Cahier du droit d'entreprise sur la gouvernance d'entreprise 2005, n° 5, et (en grec) V. Stoïkos « Sur les membres indépendants non exécutifs du conseil d'administration », EpiskED 2003, p. 1009.

<sup>1075</sup> Sur le marché boursier comme marché de contrôle v. H. Boutinon-Dumas, thèse précitée, n°s 151 suiv.

contrôle dans les sociétés cotées (A), concernant principalement le phénomène des offres publiques d'achat ou d'échange de titres visant à la prise du contrôle. Mais l'ordre public sociétaire des marchés financiers n'a pas pu ignorer la particularité des situations dans lesquelles le contrôle acquis prend une telle étendue qu'une rupture radicale d'égalité entre les actionnaires de la société survienne (B). En tout cas, il s'agit d'un ordre public sociétaire caractérisé par l'imposition d'obligations positives aux particuliers et visant finalement au bon fonctionnement des marchés financiers comme moyen de financement et de surveillance des sociétés cotées.

### **A. Le droit impératif des offres publiques visant à la prise du contrôle des sociétés cotées**

#### **La logique des offres publiques – l'harmonisation communautaire**

La prise du contrôle d'une société cotée importante par le ramassage de ses titres sur le marché est réputée quasi-impossible, parce que la tentative emporterait normalement augmentation prohibitive des cours. La pratique – d'abord celle américaine – a ainsi introduit la technique de la prise de contrôle par le biais d'offres publiques d'acquisition des titres à un prix supérieur à celui du marché, mais fixé dès le début par l'initiateur<sup>1076</sup>. D'abord conçues comme offres publiques d'achat, les offres publiques d'acquisition ont connu la version de l'offre publique d'échange, permettant à la société initiatrice d'exploiter la valeur élevée de ses propres titres dans la prise du contrôle d'une autre société. Les offres publiques sont distinguées en offres publiques amicales (avec le consensus de la direction de la société cible) et offres publiques hostiles (sans ce consensus, visant au renversement de la direction en place), ces dernières étant d'ailleurs de loin les plus intéressantes. Il est toutefois à noter que cette distinction tellement importante dans la réalité ne correspond pas à des conséquences juridiques précises expresses. Une autre distinction particulièrement importante, correspondant cette fois à des statuts juridiques différents, est celle entre offres

---

<sup>1076</sup> Sur les offres publiques v. (ouvrages spécialisés) Th. Bonneau - L. Faugérolas « Les offres publiques OPA, OPE, garanties des cours, OPR », préface J. F. Lepetit, éd. EFE 1999, J.- J. Daigre « Les offres publiques en bourse. Aspects juridiques », Banque éditeur 2001. A. Viandier, « OPA, OPE et autres offres publiques », éd. F. Lefebvre 2003, 2e édition, G. Lekkas « L'harmonisation du droit des offres publiques et la protection de l'investisseur. Etude comparée des règles en vigueur en France, au Royaume Uni et aux Etats-Unis d'Amérique », LGDJ 2001, préf. A. Viandier. V. aussi D. Garreau - H. Leteguilly « Offres publiques (OPA-OPE-OPR) », in Répertoire sociétés Dalloz. En grec v. C. N. Ghinis « L'achat d'une AE par le biais d'offre publique d'achat d'actions comme mécanisme de contrôle sociétaire et de restauration de l'efficacité du marché », thèse dact. Athènes 1997, M. Tsimbris « L'offre publique d'acquisition d'actions », éd. Sakkoula, 1994.



publiques facultatives et offres publiques obligatoires, imposées par l'ordre public économique des sociétés cotées dans l'intérêt du marché. D'importance capitale aujourd'hui pour le fonctionnement des marchés financiers comme marchés de contrôle, le régime juridique des offres publiques d'acquisition a fait finalement – après des péripéties – l'objet d'une harmonisation communautaire (13e directive 2004/25 CE), transposée en droit français par la loi 2006-87 du 31 mars 2006 et en droit grec par la loi 3461/2006<sup>1077</sup> ; l'harmonisation communautaire constitue bien sûr un facteur majeur de convergence entre le droit français et le droit grec en la matière<sup>1078</sup>.

### **L'histoire des offres publiques en droit français et en droit grec et le débat autour de leur appréciation**

Les offres publiques ont été connues en France essentiellement dans des années 1960 et ont attiré l'attention du public, notamment à l'occasion d'une offre publique hostile visant à la prise du contrôle d'une société importante, tentative vue initialement comme une importation du « capitalisme sauvage » à l'américaine<sup>1079</sup>. Le droit français a toutefois reçu d'une manière positive les offres publiques, selon la pensée que ces dernières peuvent constituer un moyen efficace de régulation par le marché des sociétés cotées<sup>1080</sup>: la réponse adéquate à la dissociation typique dans les sociétés cotées de la "propriété" et du contrôle serait ainsi la menace d'une offre publique hostile, pour les cas dans lesquels la gestion des dirigeants en place laisserait insatisfaits les actionnaires, avec comme conséquence la baisse des cours. En plus, selon la même ligne de pensée, les offres publiques permettent de dynamiser les marchés financiers, car les actionnaires peuvent espérer à leur occasion à des plus-values importantes, ces dernières étant un motif important pour le rassemblement des capitaux du public<sup>1081</sup>. Un autre courant de pensée soutient toutefois que les offres publiques constituent plutôt un facteur d'insécurité et d'incitation à des comportements court-termistes pour les dirigeants des sociétés cotées, un facteur de contrainte en faveur de la priorité absolue à la valeur actionnariale, au détriment de l'intérêt à long terme de l'entreprise et des intérêts des autres constituantes de cette dernière (notamment les

---

<sup>1077</sup> V. N.Rontchevsky « Le nouveau régime des offres publiques d'acquisition », RTD com. 2006, p. 437.

<sup>1078</sup> Sur cette directive v. Haschke-Dourvoux, Per. Aff., n° 83, 26 avril 1994, F. Peltier – F. Martin-Laprade, Bull Joly Bourse 2003, p. 610, D. Avgitidis (en grec) DEE 2006, 261.

<sup>1079</sup> C'était l'offre publique de BSN contre Saint-Gobain en 1968, v. Trochu « Le triomphe du capitalisme sauvage ou BSN - Saint Gobain », D. 1969, Chr. 21.

<sup>1080</sup> Sur l'histoire du droit des offres publiques en droit français v. P. Didier, t. 2, p. 615 suiv.

<sup>1081</sup> V. ainsi Easterbrook-Fischel, op. cit., p. 162 suiv.

salariés). Pour ce même courant, les offres publiques constituent aussi un facteur de fragilisation du système financier par le recours excessif à l'«effet de levier»<sup>1082</sup>. L'offre publique peut d'ailleurs viser au démantèlement de l'entreprise cible pour des raisons purement financières et être dans pareils cas un révélateur d'un conflit d'intérêts entre les actionnaires et la société-entreprise. Les offres publiques s'adressent ainsi aux actionnaires de la société cible, mais elles impliquent en même temps – ou peuvent mettre en danger – l'intérêt de l'entreprise dont la société est la forme juridique ; le résultat en est que des réactions se manifestent à leur encontre de la part des différents intéressés, mais aussi souvent de la part des pouvoirs publics. Ces réactions demeurent souvent sur un plan extra-juridique – sans que cela ne signifie qu'elles soient toujours inefficaces – mais elles font dans certains cas évoluer la réglementation en la matière, en provoquant ainsi la transformation de l'ordre public économique des sociétés cotées. L'évolution du droit français depuis la fin des années 1960, tout en acceptant en principe l'utilité des offres publiques, a été ainsi vers le renforcement de leur réglementation impérative, principalement avec le souci de l'égalité des actionnaires devant l'offre publique et celui de la répression des manipulations avant ou durant l'offre. Toutefois, pour un auteur français, les évolutions législatives de la dernière décennie montrent un renversement de l'attitude de principe à l'égard des offres publiques hostiles, le droit français tendant ainsi par l'introduction de dispositions d'ordre public à mettre des obstacles essentiellement à ce type d'offres publiques, notamment pour des raisons de patriotisme économique et de sécurité nationale<sup>1083</sup>.

La Grèce n'a connu le phénomène des offres publiques que dans les années 1990, à cause du caractère auparavant familial ou même personnel des entreprises importantes – toutefois, par la suite, elles ont acquis une importance certaine dans le cadre du paysage boursier grec. Le droit grec avait introduit assez tardivement une réglementation des offres publiques, d'abord avec la décision 1/195/2000 de l'autorité grecque du marché (EK), remplacée par la décision 2/258/05-12-2002 de la même autorité. C'est toutefois la loi 3461/2006, transposant la directive communautaire sur l'offre publique d'acquisition qui fixe aujourd'hui la réglementation en la matière, sans toutefois véritable rupture avec le régime antérieur, du moins pour ce qui concerne les offres obligatoires.

---

<sup>1082</sup> Pour ce point de vue critique v. les ouvrages précités de M. Aglietta -A. Réberoux, P. Arthus - M. P. Virard.

<sup>1083</sup> D. Cohen « Vers la fin des offres publiques hostiles? », Mélanges P. Didier, *Economica* 2008, p. 125.

### **Les traits fondamentaux de l'ordre public des offres publiques d'acquisition**

Aujourd'hui, les deux droits comportent des dispositifs impératifs réglementant les offres publiques, avec la pensée que seule l'autonomie privée ne peut garantir en la matière les intérêts impliqués (L233-32 suiv. C.com., L433-1 suiv. C.mon.fin., 231-1 suiv. Regl. Gén. AMF, L3461/2006). Ces deux dispositifs, malgré leur convergence décisive à cause de l'harmonisation communautaire, présentent certaines différences non négligeables.

L'ordre public économique des offres publiques dans les deux pays sous comparaison réunit les caractéristiques essentielles de l'ordre public économique au service du marché (v. supra), notamment le rôle central des autorités de marché – un rôle cette fois en amont, avant la conclusion de contrats avec l'acceptation de l'offre – visant au contrôle de la régularité de l'offre. Les offres publiques sont ainsi soumises dans les deux pays sous comparaison à des procédures impérativement réglementées, dans le but de garantir des intérêts particuliers impliqués, notamment ceux des actionnaires de la société cible, mais surtout l'intérêt du marché, identifié à l'intérêt général. Cette procéduralisation impérative constitue bien sûr une restriction certaine de la liberté contractuelle en la matière. On retrouve aussi un contrôle de fond des autorités des marchés, concernant les conditions de l'offre, mais aussi souvent des obligations positives de contracter imposées par les autorités des marchés aux particuliers (v. infra). Les deux droits énoncent par ailleurs expressément des principes et finalités d'ordre public en matière d'offres publiques, non sans quelques différences en ce qui concerne leur hiérarchisation : pour le droit français, ces principes et finalités sont l'égalité des actionnaires, la transparence des marchés, le libre jeu des offres et de leurs surenchères, l'intégrité du marché et la loyauté dans les transactions et dans la compétition (L433-1 C.mon.fin., 231-3 Règl. gén. AMF) ; pour le droit grec, ils sont l'égalité de traitement des actionnaires de la société cible se trouvant dans la même situation, la protection des autres actionnaires en cas d'acquisition par une personne du contrôle de la société, la garantie de l'information et du temps nécessaires pour la prise de leur décision aux actionnaires de la société cible, l'interdiction de la manipulation des cours durant l'offre, mais aussi la limitation de l'empêchement de l'activité de la société cible à cause de l'offre dans une durée raisonnable (art. 5 L3461/2006). La particularité technique du droit français est que le législateur se suffit à un énoncé des cadres de la réglementation en matière d'offres publiques, en renvoyant pour le reste au Règlement général de l'AMF (art. L433-1 suiv. C.mon.fin.).

### **La réglementation impérative des offres publiques**

Comme nous avons suggéré ci-dessus, le premier point important de convergence des dispositifs impératifs actuels du droit français et du droit grec est le rôle renforcé des autorités de marché respectives (AMF et EK) dans le contrôle de respect de légalité en matière d'offres publiques (L433-1 C.mon.fin. suiv., 231-10 Règl. gén. AMF, art. 4 L3461/2006)<sup>1084</sup>. On retrouve aussi le thème cardinal dans l'ordre public financier de la transparence, cette fois à l'égard de l'offre publique, de ses conditions et de la possibilité des actionnaires de la société cible de décider avec connaissance de cause sur l'offre qui leur est faite. Particularité importante, le droit français pousse la poursuite de l'objectif de la transparence même avant le dépôt de l'offre publique, en donnant à l'AMF le pouvoir de convoquer toute personne pour laquelle il y a des motifs raisonnables de penser qu'elle prépare une offre publique, en lui demandant de clarifier ses intentions quant à une offre publique éventuelle (L433-1 V C.mon.fin., disposition introduite par une loi du 31 mars 2006, dit « amendement Danone »). Le droit français confie expressément à l'AMF le contrôle de conformité de l'offre publique aux dispositions législatives et réglementaires la concernant, l'autorité statuant par sa décision sur cette conformité (231-20 suiv. Règl.gén. AMF)<sup>1085</sup>. Le droit grec ne parle pas expressément de décision de recevabilité ou non de l'offre, mais il donne à l'EK la compétence plus générale de surveiller la procédure de l'offre publique pour ce qui concerne le respect de la loi la concernant, ainsi que celle d'approuver ou non la note d'information sur l'offre publique proposée par l'initiateur de l'offre (art 4, 11 L3461/2006) ; on devrait ainsi exclure la validité d'une offre publique sans la coopération de l'EK ou l'approbation par cette dernière du bulletin d'information d'une offre irrégulière. Toutefois, il doit être clair que dans aucun des deux droits les autorités de marché n'ont le pouvoir d'apprécier l'opportunité de l'offre d'un point de vue économique ou industriel, leur visa ou l'acceptation de recevabilité n'ayant pas bien sûr le sens d'approbation du projet de

---

<sup>1084</sup> V. sur l'aspect procédural (procédures « normale » et « simplifiée ») Th. Bonneau - Fr. Drummond, n<sup>os</sup> 705 suiv., D. Avgitidis, p. 162 suiv.

<sup>1085</sup> Pour le droit français, selon l'art. 231-23 Règl. gén. AMF, lorsque le projet d'offre satisfait aux exigences des articles 231-21 et 231-22 spécifiant le contrôle exercé par l'autorité (contrôle de conformité aux dispositions législatives et réglementaires concernant les offres publiques et notamment aux principes énoncés dans l'art. 231-3 Règl. gén. AMF), l'AMF publie une déclaration de conformité motivée qui emporte visa de la note d'information. Dans le cas contraire, l'AMF, par décision motivée, refuse de déclarer le projet d'offre conforme. L'AMF peut exiger de l'initiateur de l'offre de modifier le projet de son offre en cas de non-conformité aux dispositions et principes mentionnés ci-dessus. Il est à noter que le droit français distingue entre projet d'offre et projet de note d'information (art. 231-13, 231-18, 231-19 Règl. gén. AMF), distinction que le droit grec ne fait pas.

l'offrant ; le contrôle des autorités est ainsi un contrôle de légalité de l'offre, non pas d'opportunité<sup>1086</sup>. Dans le souci de transparence et en mettant l'intérêt du marché au-dessus de celui de la société cible, le droit français mettait en plus impérativement la société cible sous la tutelle de l'AMF (COB) pour ce qui concerne les actes autres que ceux de gestion courante durant la période de l'offre – mais ce dispositif, jugé par plusieurs auteurs français comme attentatoire à la liberté sociétaire, a été supprimé par la loi du 31 mars 2006, introduisant le dispositif de la 13<sup>e</sup> directive sur les défenses anti-OPA (v.infra)<sup>1087</sup>. En tout cas, les deux droits sous comparaison prévoient un rôle d'ordre public économique particulièrement important pour les autorités respectives des marchés dans le déroulement des offres publiques<sup>1088</sup>. Les deux droits prévoient par ailleurs des dispositifs impératifs d'information des salariés de la société-cible mais aussi de ceux de la société initiatrice pour le projet d'offre publique, preuve de l'importance de l'offre au sein de ces sociétés pour des intérêts autres que ceux des actionnaires (L432-1 suiv. C. tr., 10 par. 3 L3461/2006) - mais les salariés n'ont pour le reste en droit aucun moyen pour influencer l'issue de l'offre<sup>1089</sup>. Les dirigeants de la société cible peuvent selon le droit français et doivent selon le droit grec rédiger et publier une note appréciant le projet d'offre (231-17, 231-19 Règl. gén. AMF, art. 15 L3461/2006) -v. infra sur les obligations que les deux droits imposent aux dirigeants de la

---

<sup>1086</sup> A. Couret - H. Le Nabasque et al. op. cit. n° 1374, D. Avgitidis, *ibid*.

<sup>1087</sup> L'ancien art. 232-36 du Règl. gén. AMF obligeait les dirigeants de la société cible à informer l'AMF de tout acte autre que ceux de gestion courante afin que l'Autorité en informe le public, mais aussi qu'elle en apprécie la légalité au regard du principe de la libre compétition de l'art. 231-1 du Règlement. Sur ce régime antérieur v. J. Méadel, thèse précitée, p. 57 suiv. et pour une appréciation critique A. Couret - H. Le Nabasque et al., n°1395.

<sup>1088</sup> V. aussi art. 231-20 II, 231-27 Règl. gén. AMF, 11 L3461/2006 sur la compétence des autorités des marchés d'exiger des informations supplémentaires, 231-21 Règl. gén. AMF sur le pouvoir de l'AMF d'exiger des modifications au projet de l'offre, 11 par. 7 L3461/2006 sur le pouvoir de l'EK d'exiger des modifications de la note d'information, 231-28 suiv. 231-37, 231-46 suiv. Règl. gén. AMF, 24 L3461/2006 sur l'information supplémentaire à destination des autorités de marché et du public après l'apposition du visa, 11}5L3461/2006 sur le pouvoir de l'EK d'offrir sous conditions quelques exceptions de l'obligation d'information à la charge de l'initiateur de l'offre. Pour d'autres aspects d'ordre public de la réglementation des offres publiques v. aussi 231-13 Règl. gén. AMF, 12 L346/2006 sur la participation obligatoire d'un prestataire de services d'investissement ou établissement de crédit pour le droit grec dans le dépôt du projet d'offre, dans le but de garantir la fiabilité de l'information dispensée, mais aussi plus généralement le sérieux de l'offre v. aussi art. 13 L3461/2006 sur le régime spécial de responsabilité que le droit grec impose pour les personnes ayant participé à la rédaction de la note d'information pour les dommages en ayant résulté pour les investisseurs.

<sup>1089</sup> Le droit français prévoit un droit du comité d'entreprise de la société cible de convoquer le chef d'entreprise de la société initiatrice du projet afin qu'il s'explique sur ses plans concernant la société cible, sous la menace apparemment lourde, mais en fin de compte seulement provisoire, de privation des droits politiques de la société initiatrice dans la société cible acquise à l'issue de l'offre, mais aussi sous la menace plus essentielle de qualification de ce comportement de délit d'entrave – v. sur l'ensemble de la question A. Couret-H. Le Nabasque et al., n° 1368 suiv.

société cible durant l'offre publique<sup>1090</sup>. L'autre principe cardinal et d'ordre public que les deux droits sous comparaison – celui français et celui grec – partagent en matière d'offre publique d'acquisition est celui de l'égalité (L433-1 C.mon.fin., 231-1 Règl. gén. AMF, 5 L3461/2006). Il s'agit d'une égalité particulièrement renforcée par rapport à celle du droit commun des sociétés, prenant la forme d'une égalité de traitement devant l'offre publique, mais aussi plus généralement devant les transferts de contrôle au sein de la société cotée<sup>1091</sup>. Pourtant, une différence importante existe entre les deux droits pour ce qui concerne la compréhension de ce principe en matière des offres volontaires. Ainsi, le principe d'égalité se traduit en droit français par l'obligation de l'initiateur d'une offre facultative d'adresser cette dernière – sauf exceptions importantes- à la totalité des titres du capital ou offrant accès aux titres du capital ou des droits de vote de la société (231-6 Règl. gén. AMF)<sup>1092</sup> ; par contre, en droit grec aujourd'hui il n'existe plus même de minimum obligatoire de pourcentage pour les offres publiques facultatives, ces dernières pouvant ainsi théoriquement être dissociées de la tentative de prise de contrôle (art. 6 L3461/2006)<sup>1093</sup>. Le droit grec oblige seulement l'initiateur de l'offre publique facultative à un

---

<sup>1090</sup> Sur les conditions d'applicabilité (du point de vue de la compétence du droit français) de la réglementation française sur les offres publiques et de la compétence de l'AMF v. L433-II, L433-II C.mon. fin, 231-1 Règl. gén. AMF. Pour ces questions concernant le droit grec et l'EK v. art. 3 L3461/2000. Sur l'application de la réglementation grecque des offres publiques portant en principe aux valeurs mobilières incorporant des droits de vote, avec application analogique aux offres publiques sur des valeurs mobilières cotées n'incorporant pas de droit de vote v. art. 2, 6}2 L3461/2006.

<sup>1091</sup> A.Viandier « Le droit des sociétés à l'épreuve des offres publiques », R. j. com. 2000, p. 243 suiv., n°43. Pour la critique du principe d'égalité en matière des offres publiques par les représentants de l'Ecole de Chicago, avec des arguments sur les avantages supposés du traitement inégalitaire des actionnaires v. Easterbrook-Fischel, p. 118-119.

<sup>1092</sup> Selon les art. 231-6, 233-1 Règl. gén. AMF, les exceptions à l'obligation d'une offre facultative à 100% s'identifient avec les cas de la procédure simplifiée d'offre publique, principalement les offres de la part d'une personne détenant déjà directement ou indirectement, seule ou de concert, la moitié du capital et des droits de vote de la société, ou visant à l'acquisition d'une fraction ne dépassant pas les 10% du capital conférant des droits de vote ou des droits de vote de la société cible. Sont aussi soumises à la procédure simplifiée les offres par la société elle-même de rachat de ses titres. Toutefois, l'application de la procédure simplifiée et la dispensation d'une offre à 100% ne sont pas automatiques, une autorisation de l'AMF étant nécessaire. Selon l'article 233-5, si l'initiateur d'une offre simplifiée a été autorisé à se réserver la faculté de réduire les ordres de vente (ou d'échange) présentés en réponse à son offre, la réduction est opérée proportionnellement, sous réserve des ajustements nécessaires. Sur la procédure simplifiée v. A. Couret- H. Le Nabasque et al., nos 1382 suiv.

<sup>1093</sup> Avant cette réforme, il y avait une obligation pour un minimum de 50% de l'ensemble des actions à la charge de l'offrant – pour ce régime antérieur (décision 2/258/2002 de l'Epitropi Kefalaiagoras) v. D. Avgitidis, op. cit., p. 161. Selon l'étape actuelle du droit grec, l'offrant a une obligation de principe pour l'acquisition de toutes les valeurs présentées lors d'une offre publique facultative – mais il a la possibilité de fixer librement un plafond pour les titres qu'il s'engage d'acquérir (art. 6}1L3461/2006). La même loi a supprimé le plancher de 40% que le régime antérieur

pourcentage donné inférieur à cent pour cent d'acquérir proportionnellement les actions présentées par chaque actionnaire, si les acceptations dépassent le pourcentage prévu (art. 19 L3461/2006).

Aujourd'hui, les deux droits laissent en principe le prix ou parité d'échange proposés par l'initiateur d'une offre publique facultative à l'appréciation des destinataires de l'offre (231-22 Règl. gén. AMF a contrario- avec une exception pour les offres concurrentes, 9 L3461/2006 a contrario)- il est toutefois vrai que la liberté de l'initiateur en la matière n'est pas absolue en droit français<sup>1094</sup>. La contrepartie de l'offre peut consister en numéraire, en titres échangés ou en une combinaison des deux (231- 8 Règl. gén. AMF, 9}1L3461/2006) ; le droit français prévoit toutefois en plus la possibilité d'une offre alternative ou une offre principale assortie d'une ou plusieurs options subsidiaires présentant le caractère d'un accessoire indissociable, mais d'autre part il impose dans certains cas l'offre d'une option en numéraire<sup>1095</sup>. Les deux droits sous comparaison imposent par ailleurs le caractère en principe ferme de l'offre publique d'acquisition facultative- avec quelques exceptions, dont le plus important est la faculté pour l'offrant d'énoncer un seuil d'acceptations au-dessous duquel l'offre ne produit pas d'effets (art. 231-9, 231-10, L231-13 Règl. gén. AMF, 6, 22

---

imposait pour la mise par l'offrant d'un seuil d'acceptations comme condition de validité de son offre.

<sup>1094</sup> Jusqu'en 2006, le prix des offres facultatives était contrôlé par l'AMF selon la méthode dite multicritères (v. ci-dessous) pour ce qui concerne son équité comme condition de la recevabilité de l'offre- v. Th. Bonneau-Fr. Drummond n<sup>os</sup>700, 712. Aujourd'hui, comme il résulte du texte de l'art. 231-22 du Règl. gén., l'AMF ne fait pas un contrôle de régularité du prix ou parité d'échange dans le cadre des offres facultatives, sauf en cas de rehaussement du prix proposé par l'offrant initial s'il y a offre concurrente. Pourtant, l'initiateur de l'offre doit toujours expliquer dans sa lettre adressée à l'AMF les critères qu'il a retenus pour fixer le prix de son offre (art. 231-13 Règl. gén.) et la doctrine française soutient que l'AMF peut toujours dans le cadre de son pouvoir de contrôle de l'offre de l'art. 231-21 de son Règl. gén. demander la modification d'un prix proposé totalement déconnecté des conditions du marché et pouvant de la sorte porter atteinte au principes de déroulement ordonné de l'offre et de loyauté ; si l'initiateur ne se conforme pas à cette demande, l'AMF va refuser de déclarer le projet conforme à la législation- v. A. Couret-H. Le Nabasque et alii, no 1376. Sur le prix plancher en cas d'offre publique simplifiée v. art. 233-3 Règl. gén. AMF. Pour le droit grec v. D. Avgitidis, p.163.

<sup>1095</sup> L'offre alternative est une offre jouant sur la mixité, en offrant aux actionnaires de la société cible une option entre l'achat et l'échange de leurs titres v. sur les offres alternatives A. Couret – H. Le Nabasque et al. n° 1343. Le droit français impose l'offre obligatoire d'une option en numéraire lorsque les titres remis en échange ne sont pas des titres liquides admis aux négociations sur un marché réglementé d'un Etat membre de la CE ou de l'EEE, ou lorsque l'initiateur, agissant seul ou de concert, a acquis en numéraire, au cours de douze mois précédent le dépôt de l'offre, des titres conférant plus du vingtième du capital ou des droits de vote de la société visée. Par contre, le droit grec prévoit la possibilité d'une offre avec échange de titres non admis sur un marché réglementé, sans prévoir rien d'une obligation de l'offrant de proposer une option en numéraire, en se fiant à la libre appréciation des destinataires de l'offre (9}1 L 3461/2006). Le droit français offre aussi sous conditions la possibilité de l'offrant de proposer aux détenteurs de procéder à la cession différée de leurs titres (231-8 al. 3 Regl. Gen. AMF).

L3461/2006)<sup>1096</sup>. Dans le souci de garantir l'égalité des actionnaires devant l'offre et de déjouer des manipulations de la part de l'offrant, le droit français et le droit grec imposent aujourd'hui la montée du prix de l'offre au niveau du prix supérieur à celui de l'offre que l'offrant a éventuellement payé après le déclenchement de l'offre pour l'acquisition de titres de la société cible sur le marché financier (231-39 Règl. gén. AMF, 9)2 L3461/2006)<sup>1097</sup>. Les deux droits partagent d'ailleurs aujourd'hui la même philosophie, visant à garantir la libre concurrence entre offres publiques dans la prise de contrôle des sociétés cotées, sur la base de la considération que cela est plus avantageux pour les actionnaires et stimulant pour les marchés financiers, bien que la concurrence augmente le coût de la prise de contrôle (232-5 suiv. Règl. gén. AMF, 26 L3461/2006). Comme nous avons d'ailleurs vu ci-dessus, le principe de libre concurrence entre offres publiques, mais aussi celui de loyauté dans la concurrence sont expressément énoncés comme principes fondamentaux et d'ordre public en droit français, tandis que le droit communautaire – que le législateur grec suit fidèlement en la matière – ne va pas expressément jusqu'à ce point<sup>1098</sup>. Toutefois, la concurrence entre offres publiques est expressément prévue en droit grec par le biais de dispositions particulières qui doivent être considérées d'ordre public, car visant au service de l'intérêt du marché, l'interprète pouvant aussi dégager de ces dispositions un principe plus général d'ordre public de libre jeu des offres et des surenchères. Dans les deux droits sous comparaison, l'offrant initial a par ailleurs la possibilité après le dépôt d'une offre

---

<sup>1096</sup> Une autre exception commune est celle d'une offre publique d'échange avec des titres qui doivent être émis après décision de l'assemblée de la société initiatrice. Le droit grec prévoit aussi la possibilité de conditions liées à l'obtention éventuelle d'autorisations administratives. V. aussi art. 231-11 Règl. gén. AMF sur la possibilité de rendre condition suspensive de l'offre l'autorisation de l'opération par les autorités de la concurrence. L'art. 20)2 L3461/2006 prévoit aussi une possibilité de révocation de l'offre publique facultative de la part de l'offrant – avec autorisation nécessaire de l'EK – s'il y a modification des circonstances indépendante de la volonté de l'offrant rendant particulièrement lourde pour lui le maintien en vigueur de l'offre publique – il s'agit d'une manifestation du principe plus général de bonne foi objective du droit grec et de la prise en compte de l'imprévision comme facteur pouvant modifier ou même délier les engagements contractuels (v. supra). Sur la possibilité de rétractation en cas d'offre publique concurrente pour les deux droits et les offres jumelées du droit français v. infra.

<sup>1097</sup> Pour le droit français, il s'agit d'une augmentation automatique du prix de l'offre au niveau au moins de 102% du prix initial, tandis que le droit grec parle d'une obligation de l'initiateur d'augmenter le prix initial de l'offre au moins au prix de l'acquisition supérieur à celui de son offre.

<sup>1098</sup> Sur le principe du libre jeu des offres et des surenchères et de la libre concurrence entre offres publiques en droit français v. le dossier de la *Revue de droit bancaire et financier*, 2002, p. 227 suiv. par P. Portier et R. Navalet- Nouhalier, M. Boizard, thèse précitée n°473 suiv. voyant dans la libre concurrence entre offres publiques un rétablissement de l'actionnaire dans sa situation de « propriétaire » de la société. Toutefois, pour le Pr. H. Synvet, le législateur communautaire ignore superbement le principe du libre jeu des offres et des surenchères et une décision récente de la Commission des sanctions (dans l'affaire « Partouche ») montre peut-être que le vent a tourné également en droit français (H. Synvet, préface à la thèse précitée d'A-C Muller, p.X).



publique concurrente soit de se rétracter, soit d'améliorer les conditions de son offre, toujours sous le contrôle des autorités des marchés (232-5 suiv. Règl. gén. AMF, 26 L3461/2006). Les deux droits fixent en plus impérativement la durée de principe de l'offre ou du moins une fourchette dans laquelle doit être fixé le délai de l'offre publique, en pondérant entre les besoins d'une part de donner aux actionnaires de la société cible le temps nécessaire pour réfléchir, d'autre part de ne pas perturber pour trop longtemps la vie de la société cible et le comportement normal du marché<sup>1099</sup>. Mais la durée peut être prolongée en cas d'offre concurrente<sup>1100</sup>.

Surtout, les deux droits partagent la même vision sur le principe d'égalité en ce qui concerne les offres obligatoires : dans les sociétés cotées, le contrôle peut être pris avec un pourcentage de titres de beaucoup inférieur à 50%, le résultat étant qu'une minorité seulement d'actionnaires va bénéficier de la prime de contrôle que l'acquéreur est prêt à payer (à savoir la valeur supplémentaire des titres dont la propriété garantit le contrôle sur la société). Les autorités françaises et grecques (mais aussi communautaires) estiment qu'une rupture radicale d'égalité entre actionnaires devant la prime de contrôle et la sortie à des termes avantageux de la société n'est pas acceptable, une telle rupture d'égalité devant la prise de contrôle et la possibilité de sortie pouvant mettre en péril la confiance du public au marché financier. Ainsi, les droits français et grec acceptent de rendre plus coûteuse la prise du contrôle d'une société cotée, en imposant sous certaines conditions une obligation de dépôt d'une offre publique à destination de la totalité des droits de vote ou de capital. Il s'agit d'une intervention caractéristique d'ordre public économique de marché, imposant une obligation de proposer la conclusion d'actes juridiques, à un volume et à un prix qui ne sont pas laissés à la libre appréciation de l'offrant, sous le contrôle des autorités de marché – autrement dit, une opération fortement dérogoire au droit commun des contrats. Il s'agit par ailleurs d'un régime d'ordre public dérogoire au droit commun des sociétés, l'égalité entre actionnaires prenant en matière d'offre publique obligatoire un contenu et une intensité qu'elle n'a pas dans le droit commun des sociétés, où les associés minoritaires

---

<sup>1099</sup> La durée de l'offre est en droit français pour la procédure normale de 25 jours de négociation à partir de l'ouverture de l'offre, dès le lendemain de la diffusion de la note d'information au public (231-2-5°, 231-32 Règl. gén. AMF). La même durée vaut en principe en matière de procédure simplifiée, mais dans ce cas elle peut être écourtée par décision de l'AMF (233-2 al. 3 Règl. gén. AMF). Pendant la durée de l'offre, l'initiateur n'a pas le droit de se rétracter, tandis que les destinataires peuvent révoquer leur acceptation jusqu'à la clôture de l'offre. Le droit grec prévoit une fourchette de durée entre quatre et huit semaines dès la publication de la note d'informations pour toute offre publique (art. 18}2 L3461/2006).

<sup>1100</sup> V. pour le droit français, 232-5 Règl. gén. AMF, alignant la date de clôture et le délai de toute offre à ceux les plus lointains, s'il y a concurrence entre offres publiques. Le droit grec prévoit essentiellement la même chose dans l'art. 28}2 L3461/2006.

subissent en principe passivement les aléas des changements de contrôle<sup>1101</sup>. Les deux droits sous comparaison obligent ainsi aujourd'hui les personnes ayant franchi les trois dixièmes des droits de vote ou de capital pour le droit français ou le tiers des droits de vote pour le droit grec d'une société dont le siège se trouve respectivement en France ou en Grèce et ses titres de capital sont admis sur un marché réglementé de ces deux pays (ou pour le droit français sur un marché réglementé d'un Etat membre de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen) à déposer une offre publique à 100% pour les titres de capital conférant des droits de vote (et des titres donnant accès au capital ou aux droits de vote pour le droit français) à un prix contrôlé par les autorités de marché. Les deux droits prévoient par ailleurs la même obligation de dépôt d'une offre publique à cent pour cent pour toute personne détenant déjà directement ou indirectement entre les trois dixièmes des droits du capital ou de vote pour le droit français ou le tiers des droits de vote et la moitié de ces droits pour le droit grec d'une société cotée telle qu'entendue ci-dessus, si cette personne a acquis en plus dans une période moindre de douze mois pour le droit français ou de six mois pour le droit grec plus de 2% pour le droit français ou de 3% pour le droit grec de tels droits (L433-3 C.mon.fin., 234-1 suiv. Règl. gén. AMF, 7}1 L3461/2006). Cas particulier important d'offre publique obligatoire, le droit français prévoit depuis 2005 une obligation de l'initiateur de l'offre sur une société « cotée » au sens présenté ci-dessus de déposer des projets d'offre sur l'ensemble du capital des sociétés cotées dont plus des trois dixièmes du capital ou des droits de vote sont possédés par la société cible initiale, dès lors que ces participations constituent une part essentielle de l'actif de la société cible, même si ces sociétés filiales sont étrangères et cotées à l'étranger, sous peine, semble-t-il, d'irrécevabilité du projet d'offre sur la société détentrice des participations (art. L433-3 III C.mon.fin.). Il s'agit évidemment d'une disposition augmentant beaucoup le coût de l'offre publique sur la société mère du groupe, rompant l'effet de levier de l'acquisition par une offre publique de la société mère, dans le souci de défendre des sociétés importantes françaises face à des OPA hostiles étrangères – disposition qui constitue selon un auteur

---

<sup>1101</sup> Ainsi A. Viandier « Le droit des sociétés à l'épreuve des offres publiques », article précité, n°43. V. toutefois pour une critique du régime des offres publiques en droit français – avant la loi du 31 mars 2006 – du point de vue de l'« analyse économique du droit » M. Boizard, thèse précitée n°467 suiv. Selon cet auteur le régime des offres publiques obligatoires découragerait le libre jeu de la concurrence entre offres publiques, seul le marché pouvant par ailleurs garantir par le biais de la concurrence la protection « naturelle » des actionnaires minoritaires. Sur le dispositif de « garantie de cours » du droit français, dispositif avec la même finalité que celui des offres publiques obligatoires, applicable en cas de cession d'un bloc de contrôle d'une société cotée et obligeant le cessionnaire à acquérir normalement au prix payé pour le bloc de contrôle les actions des autres actionnaires, supprimé en 2012, v. Th. Bonneau- F. Drummond op.cit. no 729 suiv..

français un tournant dans l'attitude du droit français face aux offres publiques<sup>1102</sup>. Les deux droits sous comparaison mettent par ailleurs des planchers impératifs pour le prix offert par l'initiateur de l'offre obligatoire, sous le contrôle des autorités des marchés, dans le souci de protéger les actionnaires minoritaires et de les faire participer à la prime de la cession de contrôle, suivant la directive communautaire sur les offres publiques qui exige la caractère équitable du prix de l'offre obligatoire, bien que quelques différences existent encore sur ce point entre le droit français et celui grec (art. L433-3 C.mon.fin., 234-6 Règl. gén. AMF, 9 L3461/2006)<sup>1103</sup>. Nous voyons de la sorte une particularité importante de l'ordre public économique des sociétés cotées, avec l'imposition d'un juste prix, sous le contrôle des autorités publiques et dans l'intérêt du marché financier, malgré un contexte plus général d'abandon de l'ordre public du contrôle des prix par les pouvoirs publics. Il est à noter que les offres publiques obligatoires, de par leur nature, ne peuvent être soumises dans aucun des deux droits à des conditions de la part de l'offrant, une condition de validité de l'offre liant cette dernière à un minimum quantitatif d'acceptation par ses destinataires n'étant pas par exemple admise (ainsi expressément 234-2 al. 2 Règl. gén. AMF). Même dans le cas d'une offre publique obligatoire, il y a toujours la possibilité de dépôt d'une offre publique concurrente. Ces obligations d'ordre public de dépôt d'offres publiques connaissent toutefois certaines exceptions dans les deux droits sous comparaison, toujours sous le contrôle des autorités de marché respectives, non sans certaines différences quant aux cas

---

<sup>1102</sup> Il s'agit de l'amendement dit « Renault-Nissan » opéré par la loi du 26 juillet 2005 v. sur ce sujet D. Cohen « Vers la fin des offres publiques hostiles ? », article précité p. 137, L. Faugérolas-J. Scemama « L'offre publique obligatoire étendue à la filiale étrangère de la cible », Bull Joly Bourse 2005, p. 706.

<sup>1103</sup> Selon l'art. L433-3 I C.mon.fin., le prix proposé en cas d'offre publique obligatoire doit être au moins égal au prix le plus élevé payé par l'initiateur, agissant seul ou de concert, sur une période de douze mois précédant le dépôt du projet d'offre. Toutefois, ce prix peut être modifié à la demande de l'AMF ou en tout cas avec son autorisation, lorsqu'un changement modifiant les caractéristiques de la société visée ou du marché le justifie, l'art. 234-6 Règl. gén. AMF énumérant à titre indicatif des cas où un tel changement peut exister. Dans ces cas, mais aussi dans le cas d'absence de transactions de la part de l'initiateur, le droit français recourt à la méthode dit « multicritères », utilisée avant la transposition de la directive sur les offres publiques en droit français, l'appréciation de la valeur des titres se faisant en fonction de critères d'évaluation objectifs usuellement retenus, des caractéristiques de la société visée et du marché de ces titres- v. sur l'ensemble de la question A. Couret - H. Le Nabasque et al., n°1376. Pour le droit grec (art. 9 par. 4 L3461/2006) le prix « juste et équitable » que doit payer l'offrant de l'offre obligatoire ne doit pas être inférieur au prix moyen boursier de la valeur mobilière visée par l'offre obligatoire pour les six mois avant le dépôt de cette offre ni au prix le plus élevé que l'initiateur, agissant seul ou de concert ou par le biais de personnes agissant pour son compte a payé pour acquérir des titres visés durant les douze mois avant l'offre publique obligatoire. Le droit grec utilise ainsi une combinaison cumulative des critères utilisés par la directive pour l'établissement du prix équitable, dans le prix de protéger mieux les destinataires de l'offre) v. D. Avgitidis, op. cit., p. 170. Le droit grec permet la proposition d'échange de titres par l'initiateur de l'offre obligatoire mais ce dernier doit toujours offrir impérativement une option du prix en numéraire (9 par. 1 L3461/2006 v. le par. 5 du même article sur le prix juste et équitable dans le cas d'offre publique obligatoire avec proposition d'échange de titres).

et au régime de dérogation<sup>1104</sup>. Il est à noter que le droit français prévoit aujourd'hui la possibilité d'imposition d'offre publique obligatoire dans les cas de dépassement de certains

---

<sup>1104</sup> La directive de 2004 sur les offres publiques offre aux législations nationales la possibilité d'introduire des exceptions à l'obligation impérative de dépôt d'une offre publique. Sur ces possibilités offertes par la directive v. D. Avgitidis op. cit., p. 154 suiv. La différence la plus importante quant au régime de ces exceptions est qu'en droit français la dérogation n'est jamais de plein droit, les intéressés devant prendre l'initiative et demander la dérogation à l'AMF ; ce dernier n'a pas de compétence liée, mais doit apprécier au cas par cas si la dérogation est justifiée (234-8 Règl. gén. AMF). Par contre, en droit grec les dérogations à l'obligation de déposer une offre publique sont de droit, l'EK maintenant bien sûr le pouvoir de contrôler si les conditions exigées par la loi pour la dérogation sont vraiment réunies (art 8 L3461/2006). Les deux droits sous comparaison prévoient ainsi des dérogations à l'obligation de déposer une offre publique, bien que les seuils prévus aient été franchis, d'abord quand il n'y a pas volonté de conquête de la société (acquisition de titres à la suite d'une transmission à titre gratuit entre personnes physiques ou distribution d'actifs réalisée par une personne morale au prorata des droits des associés pour le droit français, transmission à titre universel ou « donation parentale » (goniki parochi) en droit grec, réduction du nombre total des titres de capital ou du nombre total des droits de vote au sein de la société cotée pour le droit français, franchissement des seuils à la suite de l'exercice du droit préférentiel de souscription durant une opération d'augmentation du capital sans suppression de ce droit, pour le droit grec). Ensuite, il y a dérogation quand le franchissement du seuil critique n'emporte pas changement significatif des équilibres au sein de la société (pour le droit français, quand la majorité des droits de vote de la société est déjà détenue par le demandeur de la dérogation ou par un tiers, ou s'il s'agit d'une opération de reclassement à l'intérieur d'un même groupe de personnes ; en droit grec, lorsqu'une tierce personne détient des droits de vote à un nombre supérieur à celui détenu par la personne qui vient de franchir le seuil significatif). La dérogation peut d'ailleurs être justifiée par l'intérêt de l'entreprise dont la société cotée est la forme juridique, dans un but de recapitalisation de cette entreprise en difficulté (pour le droit français, en cas de souscription à une augmentation de capital soumise à l'approbation de l'assemblée des actionnaires dans le cadre d'une situation avérée de difficulté financière, pour le droit grec en cas de prise de participation dans le cadre d'une procédure d'assainissement du Code des faillites). Le droit français prévoit en plus comme cause possible de dérogation le franchissement du seuil significatif à la suite d'une opération de fusion ou d'apport d'actif approuvée par l'assemblée des actionnaires (v. infra pour une version de cette opération combinée avec action de concert). Il prévoit aussi une possibilité de dérogation dans le cas du franchissement du seuil critique de 30 pour cent des droits de capital ou de vote par prise de contrôle ou fusion ou apport de la société qui le possédait directement ou indirectement, si la participation en cause ne constitue pas un actif essentiel de la société détenant la participation. Le droit grec prévoit d'autre part comme cause de dérogation le franchissement du seuil à la suite d'une offre publique facultative ayant été adressée à l'ensemble des titulaires de droits de vote à un prix raisonnable et juste selon les conditions sur le prix des offres obligatoires de l'art. 9 de la loi, sur le fondement de la considération que les intérêts des actionnaires minoritaires sont préservés, ces derniers ayant eu la possibilité de sortir aux mêmes termes que les majoritaires. Il prévoit d'ailleurs – d'une manière qui nous semble critiquable – la dérogation à l'obligation de dépôt d'une offre publique à 100% dans le cadre de la prise de contrôle d'entreprises sous la procédure de privatisation, disposition sacrifiant les intérêts des éventuels petits porteurs d'actions de ces entreprises souvent lucratives au profit des acquéreurs du contrôle. Le droit grec offre par ailleurs une dispensation dans le cas où le franchissement des seuils est le résultat d'une opération de fusion entre sociétés liées avec une relation de contrôle. Les deux droits prévoient aussi la dérogation en cas de franchissement provisoire des seuils, en droit français dérogation facultative pour l'AMF, si le dépassement résulte d'une opération n'ayant pas comme finalité l'acquisition ou l'accroissement du contrôle au sens de l. art. L233-3 C.com., en droit grec si le dépassement n'est pas supérieur aux 3 pour cent des droits de vote ; conditions de la dispensation sont pour les deux droits est l'engagement de l'acquéreur de normaliser sa situation dans les six mois et de ne pas exercer durant le dépassement les droits de vote y correspondant.

seuils de titres de sociétés ayant leur siège en France et admis aux négociations sur un marché autre que réglementé (art. L433-3 II C.mon.fin.).

### **Le système de sanctions visant au respect de la réglementation impérative des offres publiques**

Outre leur pouvoir de refuser leur coopération dans une offre publique irrégulière, les autorités de marché des deux pays sous comparaison ont le pouvoir d'imposer des sanctions aux personnes impliquées à une opération d'offre publique et présentant un comportement irrégulier par rapport aux prescriptions de l'ordre public économique financier. En France ces personnes peuvent être sanctionnées par l'AMF selon son pouvoir de sanction général de police des marchés financiers (L621-15 C. mon.fin. –v. supra). Elles peuvent, en plus de ces sanctions de provenance de l'AMF, se voir engager leur responsabilité civile ou même pénale, notamment en cas de violation de leur part du principe de transparence sur le marché<sup>1105</sup>. L'article 29 de la loi 3461/2006 prévoit par ailleurs un dispositif de sanctions particulier pour les personnes enfreignant la réglementation impérative sur les offres publiques, l'EK pouvant imposer une amende jusqu'à hauteur de 3 millions d'euros pour toute violation des dispositions de la loi sur les offres publiques – cela sans exclusion de la responsabilité civile ou même pénale de l'auteur de l'infraction, notamment en cas de distribution de fausse information. Plus particulièrement pour le franchissement de seuils significatifs déclenchant l'obligation de dépôt d'une offre publique obligatoire, les deux droits prévoient une privation des droits de vote au-delà du seuil pour la personne devant déposer l'offre si l'offre n'est pas déposée, privation de plein droit pour le droit français (L433-3 C.mon.fin.), imposée par décision de l'EK pour le droit grec (art. 29 L3461/2006, ce dernier article donnant aussi à l'autorité du marché le pouvoir de priver la personne responsable d'autres droits résultant des titres correspondant au dépassement).

### **Offres publiques d'acquisition et montages sociétaires**

Les offres publiques ne sont pas sans relation avec le phénomène des montages, les particuliers s'efforçant d'aménager, d'instrumentaliser ou de contourner les effets de la réglementation impérative concernant les offres publiques. Les offres publiques ont d'abord une relation étroite avec le « montage structurel » qu'est le groupe des sociétés, d'abord

---

<sup>1105</sup> Fondement de la sanction pénale peut être l'art. L465-2 al. 2 C.mon.fin. protégeant la transparence du marché durant l'offre. V. d'ailleurs supra sur la responsabilité pénale en cas d'omission de déclaration des franchissements des seuils prévue par la loi (L242-2 C.com.). V. sur l'ensemble de la question J. Méadel, thèse précitée p. 64-65, 79 suiv.

parce que l'offre publique est aujourd'hui une modalité de constitution ou, le plus souvent, d'expansion du groupe de sociétés, mais aussi parce que le changement du contrôle de la société cotée membre d'un groupe peut survenir indirectement, par le biais du changement du contrôle de la holding contrôlante, éventualité qui pose la question du déclenchement d'une offre publique obligatoire (v. infra, Partie II). De différents montages peuvent pour le reste être utilisés par l'initiateur de l'offre dans le but de faciliter la réussite de celle-ci. L'initiateur de l'offre peut surtout s'efforcer de faciliter sa tâche avec la conclusion préalable de pactes de présentation des titres des actionnaires de la société cible à l'offre ou avec des pactes avec la société cible elle-même, dans le cadre d'offres publiques amicales (« accords de rapprochement ») – mais le problème se pose –notamment en droit français– de la validité ou au moins l'effectivité de ces pactes par rapport au principe de la libre concurrence d'offres publiques ainsi que celui de la transparence de ces pratiques contractuelles. Pour ce qui concerne les pactes autour de l'offre, le problème se pose aussi des conséquences de leur violation de la part de l'initiateur de l'offre, problème qui doit être résolu selon le principe de l'effet relatif des contrats<sup>1106</sup>. Dans l'effort de réduire le prix de l'acquisition du contrôle de la société cible, on recourt en plus en France au montage des promesses de garantie de la valeur des titres non présentés à l'offre, promesses matérialisées par des certificats dits de valeur garantie et pour lesquelles se pose le problème de leur compatibilité avec le principe d'ordre public du droit des sociétés de la prohibition des clauses léonines. L'effort de la prise de contrôle d'une société peut être par ailleurs poursuivi par le biais de l'action de concert entre deux ou plusieurs personnes, procédé qu'on peut considérer comme apparenté aux montages, aussi bien à cause de la pluralité des techniques pouvant être utilisées pour son organisation qu'à cause de ses finalités souvent de contournement de l'ordre public financier (v. supra). Les deux droits sous comparaison tiennent ainsi aujourd'hui compte de l'action de concert pour ce qui concerne l'obligation de dépôt d'une offre publique dans les cas prévus par la loi (L433-3 I C.mon.fin., 234-2 suiv. Règl. gén. AMF, 7 L3461/2006)<sup>1107</sup>. Pour la définition des personnes agissant de concert dans le cadre de la réglementation de l'offre publique obligatoire, le droit français renvoie aujourd'hui à sa définition générale de l'art. L233-10 C.com., tandis que le droit grec définit les concertistes dans le cadre de sa réglementation des offres publiques comme les personnes physiques ou morales qui coopèrent avec l'initiateur de

---

<sup>1106</sup> CA Paris 13 Juin 1988 (arrêt Holophane), Bull. Joly. 1988, p. 715, concl. Y. Sexter, 13 nov. 2001 Bull. Joly Bourse 2002 p. 114 note A. Pietrancosta, RTD com. 2002 p. 127, obs N. Rontchevsky.

<sup>1107</sup> V. plus généralement sur l'action de concert en cas d'offre publique A. Couret -H. Le Nabasque et al. n°1352, 1406, D. Avgitidis, op. cit., p. 164 suiv.

l'offre ou la société cible sur le fondement d'un accord exprès ou tacite, écrit ou oral, dans le but d'acquérir le contrôle de la société ou de faire échouer l'offre (art. 2 L3461/2006) ; il est évident que ce qui intéresse dans le cas de la réglementation des offres obligatoires est la coopération sur le fondement d'un accord dans le but de prise de contrôle d'une société cotée. Le droit grec introduit aussi une présomption d'action de concert entre la personne physique ou morale contrôlant une personne morale et cette dernière, preuve de l'importance du montage structurel du groupe des sociétés en la matière<sup>1108</sup>. En cas de réunion des conditions prévues par la loi pour l'existence d'une telle obligation, les concertistes ont pour le droit français une obligation solidaire d'informer l'AMF et de déposer un projet d'offre publique à 100%, tandis qu'en droit grec cette obligation est réputée naître à la charge du ou des concertistes que choisit l'EK avec comme critère la meilleure protection des actionnaires minoritaires<sup>1109</sup>. L'action de concert est aussi prise en compte aussi bien pour l'établissement du prix équitable de l'offre publique obligatoire, que pour le relèvement du prix de toute offre durant cette dernière<sup>1110</sup>. L'existence du montage d'action de concert peut d'autre part fonder en droit français des cas d'exemption ou de dérogation de l'obligation de dépôt d'une offre publique, si, malgré le franchissement des seuils, il n'y a pas changement significatif des équilibres au sein de la société (art. 234-7, 234-9 Règl. gén. AMF)<sup>1111</sup>. En tout cas, les deux droits prévoient aujourd'hui, conformément au droit

---

<sup>1108</sup> Sur le critère utilisé pour la notion de contrôle dans cet article et sa liaison avec la relation société mère et société filiale v. D. Avgitidis, op. cit., p. 165.

<sup>1109</sup> Il ne s'agit pas d'une solution expresse de la loi, mais elle découle de l'esprit de la réglementation - v. D. Avgitidis, p. 166-167; l'EK choisit celle des personnes parmi les concertistes qui présente les garanties de la fiabilité et de solvabilité pour l'offre. Une fois cette personne choisie par l'autorité du marché, les autres concertistes sont libérés, solution qui aboutit aux mêmes effets que la solidarité du droit français. Le dépôt d'une offre publique en commun par les concertistes n'est pas bien sûr exclu.

<sup>1110</sup> C'est par le biais des acquisitions effectuées par le concertiste qui ne se présente pas comme l'initiateur en cas d'offre obligatoire avant celle-ci (dans le cas de l'établissement du prix équitable – 234-6 Règl. Gen. AMF, 9; 4 L3461/2006) ou durant toute offre (dans le cas du relèvement du prix initial – 232 -14 Règl. gén. AMF, 9; 2 L3461/2006)

<sup>1111</sup> Selon l'art. 234-7 du Règlement, l'AMF peut décider qu'il n'y a pas matière pour le dépôt d'une offre publique obligatoire si la ou les personnes qui franchissent les seuils critiques déclarent qu'il agissent de concert avec un ou plusieurs actionnaires détenant déjà, seul ou de concert, la majorité du capital ou des droits de vote de la société, à condition que ceux-ci demeurent prédominantes ou avec un ou plusieurs actionnaires détenant déjà, seul ou de concert entre les 30 pour cent et la moitié du capital ou des droits de vote, à condition que ceux-ci conservent une participation plus élevée et qu'à l'occasion de la mise en concert il n'y a pas franchissement des seuils des art. 234-2, 234-5. Selon l'al. 3 du même article, lorsque des personnes agissant de concert acquièrent le contrôle au sens des textes applicables d'une société détenant plus de 30 pour cent des titres de capital ou de droits de vote d'une société cotée, participation qui constitue un actif essentiel de la première société, l'AMF peut constater qu'il n'y a pas matière pour le dépôt d'une offre publique obligatoire, si une ou plusieurs de ces personnes possédaient déjà ce contrôle et demeurent prédominantes.

communautaire, une obligation impérative de transparence, avec publication dans la note d'information de l'existence éventuelle d'action de concert de la part de l'initiateur d'une offre publique d'acquisition (231-18 Règl. gén. AMF, 11 L3461/2006). En tenant plus généralement compte des différents montages de prise de contrôle par le biais de personnes interposées ou de techniques contractuelles, souvent dans le souci d'éviter l'obligation de dépôt d'une offre publique à cent pour cent (v. supra), les deux droits sous comparaison étendent l'obligation de dépôt de l'offre obligatoire aux cas de franchissements des seuils significatifs par la détention indirecte de droits sociaux (art. L433-3 I C.mon.fin., 7 par. 1 L3461/2006)<sup>1112</sup>. On a en plus vu des efforts de contournement de l'obligation de dépôt d'une offre publique à cent pour cent par le biais de la dissociation entre propriétaire apparente et propriétaire économique des actions avec recours aux techniques des produits dérivés (v. infra, Partie II).

Peut-être encore plus intéressante est la question de l'utilisation de montages dans le cadre de la défense qu'une équipe dirigeante dans une société ouverte au public et cotée peut opposer à l'égard d'offres publiques « hostiles » de prise de contrôle (les défenses anti-OPA)<sup>1113</sup>. C'est parce que les techniques des défenses anti-OPA posent plusieurs

---

Condition pour le maintien de la dispensation est le maintien après la déclaration initiale à l'AMF de l'équilibre entre les concertistes. Comme cas de dérogations que l'AMF peut accorder dans le cas d'action de concert l'art. 234-8 prévoit le cumul d'une opération de fusion ou d'apport soumis à l'approbation de l'assemblée générale des actionnaires avec la conclusion entre actionnaires des sociétés concernées par l'opération d'un accord constitutif d'une action de concert, la détention par une autre personne, agissant seul ou de concert, de la majorité des droits de vote, mais aussi, peut-on dire, le cas opérations de reclassement entre personnes du même groupe.

<sup>1112</sup> Sur cette notion de franchissement indirect le droit français renvoie aux dispositions des art. L233-7, L233-9 C.com. concernant les franchissements de seuils (v. supra). Le droit grec ne donne pas une définition de possession indirecte des droits sociaux, mais du texte de l'article il résulte qu'il s'agit de la prise de cette possession par le biais de personnes agissant de concert avec ou pour le compte de l'autre. Selon le rapport introductif de la loi, le texte comprend toute sorte d'acquisition de droits sociaux par le biais de personnes interposées et toute technique de contournement du dispositif légal. La loi grecque prévoit une liste particulière pour des cas de détention du pouvoir d'exercice de droits de vote acquis directement ou indirectement sans droit de propriété, en étendant sur eux sa réglementation des offres publiques obligatoires (art. 7}2L3461/2006) – droits acquis sur le fondement d'un contrat, de nantissement, d'usufruit, de dépôt ou de gestion de valeurs mobilières, dès lors que le détenteur peut les exercer à sa discrétion, une liste qui ressemble beaucoup à celle de l'art. L233-9 C.com.

<sup>1113</sup> Sur les défenses anti-OPA v. E. Wymeersch « Les défenses anti-OPA après la 13e directive », Mélanges Stoufflet, LGDJ-PU Clermont Ferrant 2001, p. 397 suiv., N. Nonorgne « L'apport partiel d'actif, technique de défense anti-OPA », Bull, Joly Bourse 2002 § 75, p. 397, H. de Vauplane -J. J. Daigre « OPA, mesures défensives, Bons Plavix », Banque et droit n° 95, mai-juin 2004, 33, E. Cafritz -D. Karamalli « Les mesures de défense anti-OPA à l'épreuve de l'AMF », Mélanges AEDBF-France t. 4, R. Banque – éditeur, p. 67 et (en grec) E. Kastrinaki « Problèmes d'organisation sociétaire en vue d'une offre publique hostile d'achat », rapport au 13e Congrès des commercialistes grecs, 2004, T. Polydorou « Offre publique d'achat d'actions d'une AE ; de



problèmes intéressants concernant les pouvoirs et la finalité d'action des organes sociaux, mais aussi les limites de la liberté contractuelle face à l'intérêt du marché et à l'ordre public économique des sociétés cotées, qui est à son service. La pratique internationale connaît plusieurs techniques de défense anti-OPA, constituant souvent des montages au sens que nous les entendons, dont on peut notamment mentionner – sans prétentions d'exhaustivité – les suivantes : clauses statutaires restreignant la cession d'action ou des droits de vote ou plafonnant les droits de vote dont chaque actionnaire dispose ; émission d'actions sans droit de vote ou au contraire avec droits de vote ou plus généralement droits politiques renforcés, destinés aux alliés de la direction en place<sup>1114</sup> ; organisation de situations d'autocontrôle par le biais du rachat par la société de ses propres actions ou des participations croisées ou circulaires ; transformation de la société cotée ou filialisation de ses actifs essentiels avec recours à une forme sociale combinant des éléments capitalistes avec des éléments politiques d'intuitu persone (c'est le cas de la commandite par actions en droit français) ou transfert du contrôle de la société cotée à des holdings non cotées<sup>1115</sup> ; pactes extra-statutaires entre actionnaires restreignant la transmissibilité des droits sociaux ou prévoyant une attitude commune vis-à-vis de l'offre éventuelle ; rachat par la société de ses propres titres « flottant » dans le but de leur annulation ou, inversement, augmentations du capital réservées au conseil d'administration de la société cible, dans le but de la dilution du capital social ; émission de bons permettant la souscription d'actions à des termes avantageux, dans le même but de dilution du capital afin que l'offre hostile devienne plus onéreuse ; certificat de valeur garantie pour les actions de la société cible dans le but de dissuader les présentations à l'offre hostile<sup>1116</sup> ; recours à des restructurations, comme l'apport partiel d'actif<sup>1117</sup> ; recours aux techniques fiduciaires<sup>1118</sup> ; recours à une offre concurrente d'un

---

l'obligation de neutralité du conseil d'administration », Nom Epith. 2003, p. 153, M. Kordi-Antonopoulou « La défense de la société face à l'offre publique d'achat (la décision EK 1/193/19.7.2000) », E.Emp.D. 2004, p. 270, D. Avgitidis « Des mesures défensives contre l'offre publique d'achat » (consultation), DEE 2007, p. 1032, R. Yovannopoulos « L'offre publique d'achat d'actions. Les compétences de la société-cible et leur impact sur la possibilité de défense de la société », Armenopoulos, 2002, p. 2575.

<sup>1114</sup> L'objectif de ces techniques est de diminuer relativement le nombre et l'effet des « unités » de droits politiques dans la société que l'initiateur de l'offre peut acquérir.

<sup>1115</sup> V. infra, Partie II sur l'utilisation de la commandite par action en droit français dans le cadre de différents montages, ainsi que sur les montages ayant recours aux filialisations.

<sup>1116</sup> Sur les certificats de valeur garantie « défensives » en droit français v. A. Couret - H. Le Nabasque et al. n°747.

<sup>1117</sup> S. Nonorgue « L'apport partiel d'actif, technique de défense anti-OPA », Bull. Joly Bourse 2002, p. 397.

<sup>1118</sup> P. Serban-Schreiber « La fiducie : d'un moyen de gestion à une arme anti-OPA ? », JCP E 2007, Etude 2056.

« allié » de l'équipe dirigeante en place, avec octroi d'un avantage à ce dernier<sup>1119</sup> ; lancement d'une offre publique à sens inverse par la société cible sur la société initiatrice. Dans le cadre des défenses anti-OPA, est bien sûr concevable le recours de la société cible au montage de l'action de concert avec un allié dans le but de faire échouer l'offre (v. art. 2 L3461/2006 sur la prise expresse en compte de cette possibilité dans la définition du droit grec de l'action de concert applicable aux offres publiques). Dans ce catalogue non exhaustif de défenses et de montages anti-OPA, on peut établir une *summa divisio* entre défenses préventives, « à froid », mises en place avant le lancement d'une offre publique, et défenses « à chaud », mises en place après le lancement d'une offre publique d'acquisition hostile<sup>1120</sup>. Les deux droits sous comparaison et leurs ordres publics économiques des sociétés cotées réservent à ces deux grandes catégories de défenses et de montages anti-OPA des traitements juridiques distincts, sous l'influence du droit communautaire, qui est un facteur majeur de convergence des solutions du droit français et du droit grec en la matière. Pour ce qui concerne les défenses préventives, « à froid », ni le droit français ni celui grec ne les prohibent généralement et en principe, car ce serait une intervention trop grande à la liberté sociétaire et à celle contractuelle<sup>1121</sup> ; d'ailleurs, comme nous avons vu, une certaine stabilité du pouvoir peut présenter certains avantages, même dans les sociétés cotées. Mais les mesures de défenses anti-OPA préventives ne doivent pas tomber sous le coup de prohibitions particulières d'ordre public sociétaire de droit commun ou d'ordre public économique des sociétés cotées (v. infra sur les clauses statutaires restreignant la libre négociabilité des actions cotées). Le droit grec ne reconnaît pas d'autre part les possibilités offertes par le droit commun français des sociétés de plafonnement des droits de vote des actionnaires (art. 225-125 C.com.), d'attribution sous conditions de droit de vote double à certains actionnaires (L225-123 suiv C.com.), mais aussi la possibilité d'actions de préférence avec droits politiques renforcés (L228-11 C.com.), toutes techniques qui peuvent jouer le rôle de défense préventive anti-OPA (v. supra Titre I sur ces possibilités)<sup>1122</sup>. Les deux droits imposent par ailleurs des conditions et des restrictions quant au rachat par les

---

<sup>1119</sup> V. p. ex l'affaire ayant abouti à l'arrêt du 18 mars 1988 du CA Paris JCP E 1988 II 15248, p. 526, note T. Forschbach.

<sup>1120</sup> Sur cette distinction v. A. Couret - H. Le Nabasque et al. n°1400.

<sup>1121</sup> Sur cette légitimité de principe pour le droit français v. A. Couret - H. Le Nabasque et al n°1401, et le dossier précité de la « Revue de droit bancaire et financier » par P. Portier et R. Navalet - Nouhalier sur le libre jeu des offres publiques, p. 230.

<sup>1122</sup> Comme nous avons vu dans le Titre I, l'article 30 de la loi 2190/1920 impose l'égalité d'ordre public des droits de vote que confère chaque action ordinaire d'égale valeur nominale, tandis que l'art. 3 de la même loi permet l'attribution aux actions de préférence de privilèges seulement de nature pécuniaire. Par contre, la possibilité d'émission d'actions de préférence sans droit de vote est permise en droit grec, et a fortiori l'émission d'action de préférence avec droits de vote réduits.

sociétés cotées de leurs propres actions, et privent de droits de vote les actions auto-détenues (v. supra). Les deux droits ne voient pas par ailleurs avec faveur plus généralement les situations d'autocontrôle (v. infra, Partie II, sur les groupes de sociétés). Pour les deux ordres publics sous comparaison se pose aussi le problème du traitement comme défenses anti-OPA des pactes extra-statutaires portant sur les titres cotés (v. infra Partie II sur cette question). La transposition de la directive communautaire de 2004 sur les offres publiques a toutefois amené à l'introduction de restrictions supplémentaires par les deux droits sous comparaison aux techniques et montages anti-OPA préventifs, non sans impact sur les clauses statutaires et les pactes extra-statutaires, l'intérêt du marché venant ainsi fonder des restrictions à la liberté contractuelle en la matière (v. infra, Partie II).

Plus débattue était dans le passé la question des techniques et montages anti-OPA adoptés au cours d'une offre publique. Pour un courant de pensée, ces moyens de défense étaient en principe ipso facto illicites (sauf la recherche d'une offre concurrente) car, activés sur décision des organes de direction de la société cible, ils allaient à l'encontre de l'intérêt des actionnaires, les véritables propriétaires de la société<sup>1123</sup>. D'autres considéraient par contre qu'une offre publique hostile pourrait aller à l'encontre de l'intérêt social conçu comme l'intérêt de l'entreprise et que les dirigeants de la société cible, garants de cet intérêt social distinct de l'intérêt des actionnaires, devraient avoir à leur disposition des moyens de défense<sup>1124</sup>. On voit de la sorte une fois encore ressortir la question cruciale autant que difficile et controversée du contenu de la notion d'intérêt social comme guide pour la solution des problèmes du droit des sociétés. Malgré l'incertitude qui régnait, on devrait admettre que dans un passé assez récent les droits français et grec laissaient une liberté de défense aux organes exécutifs de la société cotée, une fois l'offre publique hostile déclenchée, avec comme limites le respect des dispositions impératives et prohibitions spéciales légales et de l'intérêt social. Par contre, aujourd'hui, après la transposition de la directive communautaire sur les offres publiques, le droit français et le droit grec ne laissent à l'équipe dirigeante en place le pouvoir de défense par la prise de mesures pouvant aboutir à l'échec d'une offre publique hostile, sauf le recours à la recherche d'une offre publique concurrente (L233-32 I C.com., 14}1 L3461/2006) ; d'ailleurs, en droit français, cet effort de présentation d'une offre publique concurrente doit respecter les principes impératifs

---

<sup>1123</sup> Ainsi p. ex. l'arrêt *Télémechanique* précitée du CA Paris. V. aussi T. com Nîmes 6 mars 1992 (affaire *Perrier*) Rj com. 1992 p. 204, note A. Couret. Ces solutions ont été nuancées par l'arrêt du CA Paris du 20 nov. 1992 (affaire *Quadral*) Bull. Joly. 1992 p.82.

<sup>1124</sup> V. sur l'ensemble du débat le dossier précité de la Revue du droit bancaire et financier, p.229 suiv., et l'article précité d'E. Kastrinaki (en grec) sur les mesures de défense anti-OPA, p.242 suiv.

généraux en matière d'offre publique de la libre concurrence et de la loyauté dans la concurrence (v. supra). Ainsi, en dehors de la présentation de leur avis sur l'offre proposée et de la recherche d'une offre concurrente, le rôle imparté aux organes exécutifs de la société cible durant une offre publique est impérativement celui de neutralité<sup>1125</sup>. Pourtant, la prise éventuelle d'autres mesures anti-OPA « à chaud » est permise mais nécessite l'approbation préalable de l'assemblée des actionnaires (L233-32 C.com., 14}}1,2 L3462/2006)<sup>1126</sup>. Il s'agit d'une évolution qui d'une part diminue les marges d'arbitraire et de comportement intéressé de la part des dirigeants de la société cible, mais qui d'autre part consacre une priorité absolue de l'intérêt des actionnaires (ou, plus profondément, de l'intérêt du marché) sur l'intérêt de l'entreprise, qui peut pâtir à la suite d'une offre publique hostile. Toutefois, la constatation d'une faveur à l'égard des OPA devrait être nuancée, car les deux droits sous comparaison, celui français et celui grec, exploitent la latitude offerte par le droit communautaire pour prévoir une clause de réciprocité quant aux restrictions des pouvoirs de réaction de l'organe exécutif de la société durant l'offre publique hostile (L233-33 C.com., 14}4 L3461/2006). Cette réciprocité constitue un obstacle certain aux offres publiques hostiles de provenance extra-communautaire ou de provenance d'un Etat membre n'ayant pas transposé l'ensemble de l'art. 9 de la 13<sup>e</sup> directive<sup>1127</sup>. En plus, autre

---

<sup>1125</sup> Ainsi expressément le droit grec dans l'art. 14}1 L3461/2006 et plus généralement sur la position du droit grec sur cette question aujourd'hui (en grec) A. Andrianessis « Le rôle du conseil d'administration d'une société anonyme dans les offres publiques d'achat d'actions », Nomiki Vivliothiki 2008. Sur l'adoption du même principe par le droit français v. A. Couret - H. Le Nabasque et al., n° 1409.

<sup>1126</sup> Une approbation ou confirmation de l'assemblée est nécessaire même pour des mesures décidées avant l'offre par les organes exécutifs de la société, mesures ne s'inscrivant pas dans le cours normal de l'activité de la société et pouvant faire échouer l'offre, mais qui n'ont pas été mises en œuvre totalement ou partiellement avant le déclenchement de celle-ci (L232-32III C.com., 14}2 L3461/2006). Dans ce même article le droit français précise d'ailleurs que les délégations données aux dirigeants par l'assemblée et pouvant faire échouer l'offre sont suspendues dès le déclenchement de cette dernière si elles n'ont pas été déjà mises en œuvre totalement ou partiellement, hormis la recherche d'une offre concurrente. Sur la suspension des effets des clauses statutaires ou de conventions extra-statutaires restreignant les droits de vote des actionnaires dans l'assemblée statuant sur la prise de mesures défensives par la société v. infra Partie II. L'art. L225-249-3 C. com. prévoit d'ailleurs que des décisions prises en violation du dispositif de l'art. L233-32 du Code sont atteintes de nullité, mais il s'agit d'une nullité facultative.

<sup>1127</sup> Les deux droits tiennent compte pour l'application de cette disposition du contrôle de la société offrante par une société soumise à une législation qui n'applique pas l'art. 9 de la directive. Le droit français tient en plus compte de l'action de concert pour la même exemption, la non-soumission aux prévisions de l'art. 9 par l'une des sociétés concertistes pouvant exonérer la société cible de l'application de l'art. L233-32. Selon l'art. L233-33 les restrictions de l'art. L232-32 sont applicables si les entités non soumises à un régime réciproque agissent de concert avec la société cible de l'offre publique. Pour les deux droits sous comparaison, condition de la non-application des restrictions aux pouvoirs des dirigeants durant une offre publique hostile pour défaut de réciprocité est l'autorisation par l'assemblée dans un délai de 18 mois précédant l'offre- mais le droit français exige une

restriction importante à l'égard des offres publiques hostiles, le droit français a expressément reconnu la technique des « bons d'offre » visant à la dilution du capital de la société cible (L233-32 II C.com.)<sup>1128</sup>. Il est à cette place à noter que les deux droits sous comparaison ont renforcé sous l'impact de droit communautaire les obligations impératives de transparence pesant sur les sociétés cotées et concernant les constructions juridiques pouvant être utilisées comme défenses anti-OPA ou en tout cas pouvant avoir un impact sur la prise de décision d'OPA ou l'appréciation de l'OPA<sup>1129</sup>.

## **B. Le droit de sortie et le squeeze-out**

### **La problématique du droit de sortie et du squeeze-out**

Même dans les sociétés dont les titres sont admis sur un marché réglementé, l'actionnaire peut devenir prisonnier de ses titres si ces derniers deviennent illiquides, notamment s'il y a une concentration très poussée de la propriété du capital entre les mêmes mains, cas dans lequel l'ultra-minoritaire ne trouve plus d'acheteurs pour ses titres sur le marché. Le contrôle d'une société cotée peut d'ailleurs prendre une telle étendue, que se présente une rupture radicale d'égalité entre actionnaires, le majoritaire pouvant disposer de la société comme bon lui semble, tandis que le minoritaire voit être démentis les fondements mêmes de son entrée dans la société, ayant d'ailleurs des difficultés même pour sortir de la société en vendant ses titres<sup>1130</sup>. Inversement, la concentration du capital entre les mêmes mains peut présenter des avantages, notamment dans une perspective de la sortie de la société du marché boursier – une évolution simplificatrice dans les sociétés avec une concentration du capital très poussée, allant dans l'intérêt de la société en cause,

---

autorisation spéciale des mesures que les dirigeants mettent en œuvre, tandis que le droit grec prévoit la possibilité d'une exclusion in globo par une telle décision de l'assemblée des restrictions aux pouvoirs des dirigeants en cas d'offre publique hostile par une entité non soumise à un régime de réciprocité.

<sup>1128</sup> Sur les bons d'offre v. H. Le Nabasque, RD banc. fin. 2006, n°86, et sur leur importance comme mesure de défense anti-OPA v. D. Cohen « Vers la fin des offres publiques hostiles ? », article précité.

<sup>1129</sup> Il s'agit d'obligations pesant sur les organes de direction de toute société cotée qui doit fournir l'information exigée par la loi dans son rapport à l'assemblée générale ordinaire (L225-100-03 C.com., 30 L3461/2006). L'obligation d'information concerne la structure du capital de la société, les participations significatives, les restrictions statutaires ou extra-statutaires connues à l'organe de la société concernant les transferts des actions et les droits de vote, les droits politiques spéciaux d'actionnaires, plus généralement les accords entre la société et un tiers ou entre la société et un dirigeant pouvant fonctionner comme moyen de défense anti-OPA.

<sup>1130</sup> Sur ces situations v. P. Didier in « L'égalité entre actionnaires: mythe ou réalité », (rapport précité).

mais aussi dans l'intérêt du marché qui pâtirait de l'existence d'actions admises qui ne seraient pas l'objet de transactions. Il est jugé par la conception dominante que cette évolution bénéfique ne devrait pas être bloquée par la résistance de minoritaires opiniâtres. L'ordre public économique des sociétés cotées réagit à des pareilles situation contraires à l'intérêt du marché avec ses propres moyens, exorbitants par rapport au droit commun des contrats, imposant des obligations de contracter à la charge du majoritaire avec des conditions – notamment quant au prix – contrôlés par les autorités de marché, ou même en imposant l'expropriation des ultra-minoritaires, sous le contrôle de l'autorité du marché de l'indemnisation offerte. Les deux droits diffèrent quand même quant à l'extension ou non de l'application de tels procédés au droit commun des sociétés.

### **Les solutions du droit français**

Le droit français a répondu à ces problèmes en introduisant pour les sociétés françaises dont les titres de capital sont admis sur un marché réglementé d'un pays de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen des dispositifs de droit impératif garantissant sous conditions aux actionnaires un droit de sortie des minoritaires à la charge de l'actionnaire majoritaire et (à sens inverse) un droit de l'actionnaire ultra-majoritaire même d'exclure les actionnaires ultra-minoritaires (L433-4 C.mon.fin., 236-1 suiv., 237-1 suiv. Règl. gén. AMF). Le droit de sortie joue ainsi d'abord en faveur des minoritaires si le majoritaire –seul ou de concert- réunit entre ses mains plus de 95% des droits de vote et en plus les titres des minoritaires deviennent illiquides, l'AMF imposant dans ce cas à la demande de l'ultra-minoritaire le dépôt d'une offre publique de retrait de la part du majoritaire au profit des minoritaires. Dans une autre série de cas, le majoritaire a un tel contrôle dans la société, qu'il mette en œuvre des modifications juridiques ou financières à celle-ci (non sans relation avec le phénomène des montages sociétaires), le minoritaire se voyant essentiellement être marginalisé. Il s'agit des cas de la transformation de la société en société commandite par actions, de l'intention de proposer à l'assemblée générale extraordinaire de modifications statutaires significatives (notamment celles relatives à la forme de la société, aux conditions de cession et de transmission des titres de capital ainsi qu'aux droits qui y sont rattachés), de la décision de principe de fusion-acquisition de la société par celle qui en détient le contrôle ou avec une autre contrôlée par celle-ci, de cession ou d'apport à une autre société de la totalité ou du principal de l'actif social, de la réorientation de l'activité sociale ou de la suppression pendant plusieurs exercices de toute rémunération des titres du capital<sup>1131</sup>. Il est à noter que pour apprécier la concentration entre les mêmes

---

<sup>1131</sup> V. sur cette question Th. Bonneau-Fr. Drummond, n<sup>os</sup> 733 suiv.

mains du pourcentage des 95 pour cent des droits de vote, le droit français fait expressément renvoi à l'existence éventuelle d'une action de concert, tandis que pour la notion de contrôle qui est le préalable nécessaire pour la mise en œuvre les modifications financières ou juridiques pouvant fonder un droit de sortie il y a renvoi à la définition de l'art. L233-3 C. com., une définition qui tient largement compte des montages visant à la prise du contrôle (v. infra, Partie II, à l'occasion des développements sur le « montage structurel » du groupe de sociétés). Il est aussi à noter que dans tous ces cas – sauf la transformation de la société en commandite par actions – le droit de sortie n'est pas automatique, mais l'obligation du majoritaire de déposer une offre publique de retrait est imposée par l'AMF après appréciation des conditions particulières. L'AMF contrôle aussi la recevabilité du prix offert par le majoritaire avec l'application de la méthode dit « multicritères » (v. supra)<sup>1132</sup>. Il s'agit d'un droit de sortie des minoritaires imposé au majoritaire que le droit commun français des sociétés ne reconnaît pas (v. supra, Titre I), fondé sur les besoins de l'intérêt du marché financier, le dispositif étant évidemment d'ordre public, ne pouvant pas être écarté par les statuts de la société cotée. A sens inverse, si le majoritaire a réuni entre ses mains les 95% des droits de vote ou de capital à l'issue d'une offre publique, de retrait ou d'acquisition, facultative ou obligatoire, il peut imposer aux ultra-minoritaires – sous contrôle de l'AMF et avec quelques différences de procédure suivant la nature de l'offre préalable- le rachat forcé de leurs titres à un prix jugé recevable par l'autorité du marché. Le même droit existe pour les titres pouvant donner une participation ultra-minoritaire au capital social. Ce dispositif de rachat forcé (squeeze-out), atteinte certaine au droit propre de l'associé de rester associé du droit commun des sociétés (v. supra Titre I sur ce droit et la question de son caractère d'ordre public), a été jugé par la jurisprudence française comme conforme à la Convention européenne des droits de l'homme<sup>1133</sup>. Selon les juges français, il ne s'agit pas d'une expropriation pour intérêt privé, celui de l'ultra-majoritaire – cas dans lequel il serait contraire à la Convention – mais pour une expropriation dans l'intérêt général, l'intérêt du marché étant de la sorte identifié avec l'intérêt général. La consécration de dispositif par la 13<sup>ème</sup> directive communautaire a par ailleurs vidé le débat d'une grande partie de son sens. Les ultra-minoritaires expulsés ont un droit à indemnisation sous le contrôle de l'AMF pour la perte de leurs titres, en principe selon la méthode dite « multicritères ». Le squeeze-out est suivi en tout cas par la radiation des titres de la cote.

---

<sup>1132</sup> V. A. Couret - H. Le Nabasque et al., n° 1429.

<sup>1133</sup> CA Paris 16 déc. 2003, Legrand (2<sup>e</sup> espèce), Dr. soc. février 2004, n° 31, note Th. Bonneau, Bull Joly Bourse 2003, § 388 (1<sup>ere</sup> espèce). V. aussi Th. Bonneau-Fr. Drummond, op. cit., n° 738.

### Les solutions grecques

Avant 2006, le droit grec ne connaissait pas de dispositifs d'ordre public de droit de sortie ou de sortie forcée de l'actionnaire. Ces dispositifs ont été introduits en droit grec avec la loi 3461/2006 (art. 27, 27A, 28), transposant la 13e directive sur les offres publiques, prévoyant comme condition commune l'acquisition des 90% des droits de vote, toujours à l'issue d'une offre publique à 100%<sup>1134</sup>. Nous voyons ainsi que le droit grec, plus conservateur que le droit français, n'a pas adopté les autres cas de droit de sortie prévus impérativement par le législateur français et ne fait pas une mention expresse à l'obtention du pourcentage critique par le biais de l'action de concert. Pourtant, il prévoyait aussi le cas d'une offre publique obligatoire en cas de restructuration d'une société cotée aboutissant à l'attribution de titres non cotés aux actionnaires, dans le but de faire face à des montages de cold delisting (anc. art. 11a ), mais ce dispositif, posant de problème parce qu'il ne précisait pas qui était la personne obligée, a été supprimé en 2013<sup>1135</sup>. Nous pouvons aussi remarquer que l'art. 27 L3461/2006 a retenu une condition restrictive pour le droit de sortie fondé sur le franchissement d'un seuil (bien qu'il s'agisse d'un seuil moindre que celui du droit français), car ce franchissement doit dans le cadre de la réglementation en cause résulter exclusivement à l'issue d'une offre publique portant sur l'ensemble des titres de la société. L'initiateur de l'offre a l'obligation d'acquérir dans les trois mois qui suivent sa clôture tout titre qui lui sera présenté au prix de l'offre, dispositif plus simple que celui français de dépôt d'un offre public de retrait. Le prix offert dans le cas de "squeeze-out" doit être au moins égal au prix de l'offre publique l'ayant précédé, avec toujours option des ultra-minoritaires d'exiger leur paiement en numéraire et possibilité de ces derniers de contester le prix offert devant le juge judiciaire. Bien sûr, le droit de sortie et le squeeze-out du droit grec des marchés financiers sont soumis au contrôle de l'EK, autorité grecque du marché. Particularité importante, comme nous avons vu dans le Titre I, le droit grec a élargi en 2007 le droit de sortie à l'égard de l'ultra-majoritaire et le dispositif de squeeze-out, bien qu'avec des seuils différents du droit des sociétés cotées (95 pour cent du capital social), pour toute société, cotée ou non, sous contrôle judiciaire de la procédure et du prix, en dehors des cas d'une offre publique préalable, sous réserve des dispositions de la loi 3461/2006 pour le droit de sortie et le squeeze-out à l'issue d'une offre publique à cent pour cent dans une

---

<sup>1134</sup> V. (en grec) I. Papadimopoulos « Le droit de squeeze-out et de sell-out sous la lumière de la directive 2004/25/CE relative aux offres publiques d'acquisition », DEE 2005, p. 396. S. Tsirou « Le cadre législatif du squeeze-out et de sell-out », DEE 2008, p. 803.

<sup>1135</sup> V. sur ce dispositif D. Avgitidis, *ibid.*



société cotée (49B, 49Γ L2190/1920). Ce dispositif rapproche le droit grec du droit français pour ce qui concerne les conditions du droit de sortie en cas de concentration excessive du capital, mais d'autre part il en résulte un dualisme de régimes sur le droit de sortie et le squeeze-out même pour les sociétés cotées (v. en plus supra sur les cas d'existence d'un droit de sortie des minoritaires dans les AE non cotées par rachat des actions du sortant de la part de la société).

## CHAPITRE II: L'ORDRE PUBLIC ECONOMIQUE SOCIETAIRE DE LA CONCURRENCE

Le droit des sociétés, droit par excellence d'organisation des activités économiques, ne pourrait pas échapper à l'emprise du droit de la concurrence et de son ordre public régulateur. On a d'ailleurs pu soutenir que le droit de la concurrence est aujourd'hui l'« ordre constitutionnel » de l'économie<sup>1136</sup>. Le droit de la concurrence manifeste ainsi un certain « impérialisme » tendant à mettre sous sa coupe l'ensemble du droit privé économique<sup>1137</sup>. Le droit de la concurrence est par excellence un droit d'ordre public économique du marché ou « régulateur », tendant à restreindre la liberté contractuelle et l'autonomie privée là où cela est nécessaire pour le fonctionnement du marché concurrentiel. Bien sûr il s'agit, comme c'est le cas avec l'ordre public financier, d'un ordre public au service du libéralisme économique<sup>1138</sup> ; mais ce qui est une fois de plus clair est que le fonctionnement « normal » du marché n'est pas un simple fruit de la liberté contractuelle, que ce fonctionnement a besoin d'une intervention du droit impératif, dans notre cas de l'ordre public économique de la concurrence. C'est ainsi avec cette légitimité et cette finalité que le droit de la concurrence contrôle le processus de concentration économique qu'a lieu par le biais des mécanismes sociétaires. De la sorte, le droit de la concurrence devient source importante de l'ordre public économique sociétaire pris dans un sens large. Il s'agit d'une source très particulière, parce que le droit de la concurrence est un droit pénétré et orienté par l'économie (ou du moins par certaines conceptions influentes sur l'économie) plus qu'aucune autre branche du droit. Le rayonnement du droit de la concurrence et de son ordre public régulateur sur le droit des sociétés est par ailleurs un facteur important de convergence des ordres publics économiques sociétaires français et grec: c'est parce que les droits de la concurrence français et grec ont subi l'influence décisive de l'ordre concurrentiel communautaire (art. 81, 82 TCE)<sup>1139</sup>, mais aussi à cause du caractère largement « anational » du droit de la concurrence. Droit du marché, le droit de la

---

<sup>1136</sup> Selon l'expression du Pr. Ant. Pirovano, cité par G. Farjat « Pour un droit économique », p. 121. V. aussi (en grec) L. Georgakopoulos, « L'ordre juridique de la concurrence », Nov. 1987, 879.

<sup>1137</sup> V. en ce sens M -A Frison -Roche « Le modèle du marché », article précité, p. 301.

<sup>1138</sup> Sur la relation entre le droit de la concurrence et le droit des marchés financiers v. l'ouvrage précité de F. Peltier, n° 392.

<sup>1139</sup> Sur le droit communautaire et la concurrence v. Chr. Gavalda -G. Parleani « Droit des affaires de l'Union européenne », ouvrage précité, n°s 387 suiv., L. Kotsiris « Droit commercial européen » (précité), p. 361 suiv.

concurrence n'implique pas moins comme notion centrale celle de l'entreprise<sup>1140</sup>. D'ailleurs, avec son réalisme le droit de la concurrence tend à appréhender la réalité des relations de pouvoir économique derrière la forme juridique, chose qui en fait un facteur important dans l'environnement juridique des montages sociétaires.

Ainsi, dans une première section, seront abordés de plus près les causes du rayonnement de l'ordre public régulateur de la concurrence sur le droit des sociétés, tandis que dans une deuxième section sera relevée la particularité régulateur de cet ordre public économique sociétaire de la concurrence.

## **Section I: Un ordre public économique régulateur né de la rencontre entre le droit des sociétés et le droit de la concurrence**

Le droit des sociétés, par sa dimension organisationnelle, est un merveilleux outil de concentration économique (§1). Le droit de la concurrence doit par conséquent intervenir et contrôler les mécanismes sociétaires, car sa mission principale est exactement de contrôler le processus de concentration (§2).

### **§1. Le droit des sociétés comme instrument du processus de concentration économique**

#### **A. Le pouvoir de concentration du droit des sociétés**

Dans sa thèse classique, le Pr. Cl. Champaud a relevé le rôle du droit des sociétés et plus particulièrement des sociétés par actions dans le processus de concentration économique<sup>1141</sup>. On pourrait dire qu'ordre public sociétaire et liberté contractuelle concourent historiquement dans ce processus, qui est d'ailleurs une tendance du capitalisme de portée générale et dépasse les frontières, s'étant en plus accentuée ces dernières décennies à cause de l'ouverture des économies, de l'augmentation de la pression de la concurrence internationale et de la volonté de conquête économique y correspondant. Depuis longtemps, les sociétés par actions permettent le rassemblement de

---

<sup>1140</sup> L. Arcelin « L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire », Litec 2003, préface M-D Hagelsteen.

<sup>1141</sup> « Le pouvoir de concentration de la société par actions », thèse précitée.

capitaux à une échelle auparavant inouïe, un rassemblement qui en plus a un effet multiplicateur sur le crédit de la société<sup>1142</sup>. De la sorte, les entreprises importantes peuvent obtenir de vastes économies d'échelle, avec une tendance irrésistible de concentration des unités économiques. Ce résultat est obtenu notamment par le recours aux instruments juridiques offerts par le droit de la société anonyme, à savoir la personnalité morale « parfaite » – avec exclusion des biens sociaux du gage des créanciers individuels des actionnaires, avec limitation de la responsabilité de ces derniers pour les dettes sociales – mais aussi par la négociabilité des titres exprimant les droits sociaux. En plus, cette forme sociétaire permet l'acquisition du contrôle d'une entreprise par le biais de l'acquisition d'un bloc d'actions, sans besoin de transmission de biens constituant l'entreprise elle-même, et cela avec un effet multiplicateur important si la société ainsi acquise acquiert elle aussi une autre société par le même procédé. Une notion de « propriété » particulière – appelée par la doctrine française « propriété économique » – émerge ainsi, notion étroitement liée au progrès de la concentration économique mais aussi largement due aux progrès des techniques du droit des sociétés<sup>1143</sup>. Ce dernier n'est pas ainsi un simple reflet de l'économie, mais il a un rôle créatif important. D'ailleurs, les techniques du droit des sociétés ne sont pas de simples résultats de la liberté contractuelle et de l'autonomie privée, mais aussi, dans une très large mesure, les produits d'un ordre public sociétaire de nature « constructive » (à savoir produisant des résultats que seule l'autonomie privée n'aurait pas pu produire, des résultats offerts aux particuliers sous le respect de conditions de droit impératif). D'autre part, l'autonomie privée joue bien sûr elle aussi un rôle très important dans le processus de concentration économique, par le biais de plusieurs constructions qu'on pourrait qualifier de montages : on pourrait mentionner à ce titre les pactes extra-statutaires permettant de prendre ou de stabiliser le contrôle (au sens de l'influence déterminante) sans avoir la majorité des droits de vote dans la société ou les clauses de non-concurrence accompagnant la cession de contrôle de certaines sociétés. On peut citer surtout le « montage structurel » du groupe des sociétés, expression du processus de concentration mais aussi multiplicateur par excellence de puissance de propriété économique et facteur principal de poursuite et de gestion de la concentration. On peut aussi mentionner plus particulièrement les filiales communes, forme de coopération entre entreprises importantes, pouvant constituer soit une matérialisation d'entente, soit un cas de concentration « ponctuelle » et dont la gestion en commun est régulée par des pactes extra-

---

<sup>1142</sup> V. ainsi sur l'importance économique de la société par actions G. Ripert « Les aspects juridiques du capitalisme moderne », n° 26, p. 51.

<sup>1143</sup> Sur la « propriété économique » v. G. Farjat « Pour un droit économique », p. 47 suiv., G. Blanluet « La propriété économique en droit économique français », LGDJ 1999.

statutaires. Dans les pays anglo-saxons, le processus de concentration du pouvoir économique sociétaire a par ailleurs des liens historiques avec la technique du trust<sup>1144</sup> ; l'introduction de la fiducie en droit français peut ainsi éventuellement donner une technique supplémentaire pour cette concentration.

La réalité grecque présente la même tendance vers la concentration économique qu'en France, avec toutefois des retards certains par rapport à l'exemple français. La doctrine souligne ainsi que les entreprises grecques n'ont pas encore acquis la taille nécessaire pour pouvoir faire face d'une manière adéquate à la concurrence internationale<sup>1145</sup>. D'autre part, les techniques du droit des sociétés sont utilisées en Grèce aussi pour l'accélération de la concentration économique, souvent d'ailleurs dans le cadre de groupes multinationaux, de prédominance étrangère ; mais les dernières décennies on a aussi vu l'émergence de groupes multinationaux de base grecque. Des situations et pratiques d'oligopoles ne sont pas d'ailleurs absentes sur le marché intérieur grec. Le droit grec – notamment celui fiscal, mais aussi celui des incitations au développement – a d'ailleurs favorisé le processus de concentration (v. supra sur la législation favorable à la restructuration d'entreprises en AE-sociétés anonymes grecques).

### **B. Limites et importance du processus de concentration dans sa relation avec le droit des sociétés**

Tout en relevant la tendance vers la concentration économique comme phénomène principal de la vie économique de nos jours, effectué largement par le biais de l'utilisation des mécanismes sociétares, on ne doit pas oublier qu'il s'agit exactement d'une tendance, qui a elle aussi ses limites – sinon, on aboutirait finalement à l'absorption de l'économie capitaliste toute entière par une entreprise ou un centre de décision unique. D'ailleurs, la doctrine économique mène un débat très intéressant sur les causes expliquant et précisant les limites et les frontières de l'entreprise (firme) et sa taille idéale<sup>1146</sup>. Le pouvoir de concentration du droit des sociétés trouve ainsi des limites. D'ailleurs, on ne doit pas oublier que les droits des sociétés et son ordre public, malgré leur instrumentalisation au service de

---

<sup>1144</sup> Ainsi c'est notamment par le biais de la technique du trust – selon un procédé inventé par son conseiller juridique S.C.T. Dodd – que Rockefeller a pris le contrôle de plusieurs sociétés dans le domaine du pétrole aux Etats-Unis à la fin du XIX siècle, en bâtissant son empire, évolution qui a joué un rôle majeur dans la naissance du droit moderne de la concurrence outre-Atlantique - v. P. et Ph. Didier, n° 538.

<sup>1145</sup> Ainsi N. Rokas « Sociétés commerciales », p. 462.

<sup>1146</sup> Sur le problème des frontières de la firme v. les apports de l'école néo-institutionnaliste – notamment O. Williamson « The Economic Institutions of Capitalism », Free Press, et de celle "évolutionniste" – notamment R. Nelson -S. Winter « An evolutionary Theory of Economic Change », Cambridge University Press, 1982. V. aussi B. Baudry « L'Economie de la firme », éd. La Découverte 2003, coll. Repères, 2003.

la concentration économique, ont ou au moins doivent avoir aussi un aspect important de contrôle de l'exercice du pouvoir économique à l'intérieur de l'entreprise, au moins au profit des actionnaires minoritaires et des créanciers sociaux. On pourrait même être tenté d'établir un parallélisme entre le droit de la concurrence et le droit des sociétés, les deux ayant comme finalité commune un certain contrôle du pouvoir économique, le droit de la concurrence dans les relations externes, le droit des sociétés dans les relations internes des sociétés<sup>1147</sup>. Il demeure toutefois que plusieurs opérations sociétaires renforcent ou tendent à dissimuler le pouvoir économique et que le droit de la concurrence intervient au jeu normal du droit des sociétés pour contrôler, sanctionner ou lever le voile de ces opérations. Il demeure aussi que notre époque est caractérisée au niveau économique par des concentrations particulièrement importantes de pouvoir économique, y compris à l'échelle de l'économie mondiale, une situation qui est finalement étroitement liée avec le droit des sociétés et son ordre public.

## **§2. Le droit de la concurrence, moyen de contrôle des tendances « naturelles » du droit des sociétés**

### **A. Les enjeux du contrôle de la concentration**

Si le droit des sociétés a un penchant « naturel » vers la concentration économique, la mission du droit de la concurrence est exactement de contrôler cette concentration<sup>1148</sup>. Mais le sens exact de ce contrôle ne va pas de soi : d'une part, ce serait utopique de vouloir restaurer un régime de « concurrence parfaite », au sens du modèle de référence de

---

<sup>1147</sup> J. K. Galbraith avait ainsi montré que dans le capitalisme américain de l'après-guerre un même processus de concentration du pouvoir économique avait abouti d'une part à la concentration du pouvoir au sein des sociétés entre les mains des dirigeants et de la « technostucture », avec effacement du rôle des actionnaires, d'autre part au contrôle du marché par les grandes entreprises (planification privée) – « Le nouvel Etat industriel », éd. française Gallimard 1989. Dans un contexte désormais très différent, le scandale d'Enron au début des années 2000 a montré combien le pouvoir privé économique concerne le droit des sociétés et le droit de la concurrence : le même groupe dirigeant gérait l'entreprise dans son propre intérêt, notamment pour bénéficier de l'émission de « stock-options » (pourtant réputées réconcilier les intérêts des dirigeants et des actionnaires), en émettant des signes mensongers au marché financier, tout en pratiquant une politique particulièrement agressive de monopole sur le marché d'électricité de Californie.

<sup>1148</sup> Bibliographie générale française: P. Didier « Droit commercial », t. 1 « Introduction générale. L'entreprise commerciale », édition Economica (avec Ph. Didier), M. -A. Frison-Roche - M.-S. Payet « Droit de la concurrence », Précis Dalloz 2006, G. Ripert-R. Roblot « Traité de droit commercial », t. 1, v. 1 (par L. Vogel) LGDJ 2001, 18e édition.

Bibliographie générale grecque: L. Kotsiris « Droit de la concurrence-libre et déloyale » (en grec), éd. Sakkoula, 2001, 4e édition (2011, 6e édition).

l'économie néo-classique, ou même d'imposer aux entreprises importantes d'avoir un comportement « comme si » elles fonctionnaient sous un régime de concurrence parfaite : la concentration est profondément liée au progrès économique et il s'agit d'un phénomène dans une large mesure irrésistible. D'autre part, concentration économique signifie concentration du pouvoir économique, et tout pouvoir qui ne trouve pas de limites tend naturellement aux abus, des abus pouvant être particulièrement nuisibles sur le plan économique, mais aussi sur celui social. En tout cas, le droit de la concurrence – droit par excellence lié aux conceptions économiques dominantes dans chaque période – est beaucoup influencé par le changement de modèles économiques théoriques servant de base pour la compréhension des économies capitalistes. Les dernières décennies le droit de la concurrence semble influencé par l' « Ecole de Chicago », en tendant à adopter un point de vue assez « minimaliste », sur la base de la considération que le marché a des mécanismes auto-régulateurs même à des niveaux de concentration très poussés<sup>1149</sup>, un point de vue étant bien sûr vivement contesté par d'autres économistes<sup>1150</sup>. Selon ce point de vue ultra-libéral, le rôle du droit « anti-trust » serait même néfaste, le droit devant plutôt se restreindre à garantir la libre entrée aux marchés<sup>1151</sup>. Il semble toutefois certain que le droit de la concurrence – malgré son caractère assez idéologique lié à une conception de « marché parfait » et de ses bienfaits largement irréaliste - doit maintenir un rôle dans le contexte de l'économie contemporaine, caractérisée par la domination de grandes entreprises, le plus souvent multinationales, combinant dans leurs activités concurrence acharnée, planification privée et contrôle dans une certaine mesure de leur environnement, ainsi qu'une certaine coordination de leurs comportements. Dans ce contexte, il y a peut-être plus que jamais risque d'abus du pouvoir économique<sup>1152</sup>. Ce qui doit d'autre part être

---

<sup>1149</sup> Sur l'impact des théories de l'Ecole de Chicago sur le droit de la concurrence v. I. Lianos « La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique », éd. Ant. N. Sakkoulas- Bruylant 2007, préf. R. Covart.

<sup>1150</sup> Sur les conceptions de l'école structuraliste (dominante dans les années 1950) et de l'école de Chicago v. P. et Ph. Didier, t. 1, n<sup>os</sup> 596 suiv.

<sup>1151</sup> Pour ce point de vue v. E. Mackay -S. Rousseau « Analyse économique du droit », ouvrage précité, n<sup>o</sup> 383.

<sup>1152</sup> Dans le contexte contemporain, l'essentiel de la concurrence ne se fait plus par les prix, mais par l'innovation, largement réservée – pour ce qui concerne sa conception ou son exploitation – aux grandes entreprises ; l'innovation est particulièrement importante pour pouvoir s'offrir des « niches » de monopole, même provisoirement. Dans certains domaines de pointe – notamment dans les télécommunications – l'évolution technologique d'une part diminue spectaculairement les coûts, d'autre part engendre de très fortes tendances de concentration. Ces évolutions, en concentrant le pouvoir économique, en complexifiant les produits et en aggravant les asymétries de pouvoir et d'informations contrebalancent dans plusieurs secteurs économiques largement les effets de l'ouverture des marchés et permettent l'apparition de comportements oligopolistiques, ou même parfois la prédation monopoliste.

clarifié est que le droit de la concurrence n'a pas comme but d'empêcher le processus de concentration – par contre, il tend souvent à la promouvoir en réprimant certains comportements défensifs<sup>1153</sup>. La finalité du droit de la concurrence est plus modestement de contrôler certains abus éventuels dans l'exercice du pouvoir économique concentré qui sont réputés pouvoir mettre en peril le fonctionnement normal du système capitaliste tant au plan économique qu'à celui de légitimité sociale. Pourtant, malgré son omniprésence et son « impérialisme », l'efficacité actuelle du droit de la concurrence dans cette tâche de contrôle des abus du pouvoir économique est contesté<sup>1154</sup>. Malgré ces doutes quant à son efficacité qui semblent assez fondés, le droit de la concurrence demeure juridiquement un pilier fondamental de l'ordre public économique de notre époque, avec un impact impératif certain en droit des sociétés, ne serait-ce que comme facteur devant être pris en compte dans les comportements et les opérations sociétaires, y compris les montages. Le droit de la concurrence a aussi une dimension politique – les autorités publiques oscillant entre d'une part la volonté de promouvoir des « champions » nationaux – ou communautaires- pour la concurrence internationale, et d'autre part la peur qu'engendrent la puissance et les pratiques de certaines entreprises. Ils ne manquent pas même de soupçons de collusions entre les pouvoirs publics et de grandes entreprises pour ce qui concerne l'application du droit de la concurrence<sup>1155</sup>.

## **B. L'intervention du droit de la concurrence dans le domaine du droit des sociétés**

Ce qui est certain sur le plan juridique est que le droit de la concurrence intervient aujourd'hui non seulement dans l'activité externe des sociétés importantes, mais aussi dans les mécanismes du droit des sociétés aussi bien en France qu'en Grèce, en les contrôlant

---

<sup>1153</sup> Sur ce rôle du droit de la concurrence v. G. Farjat « Pour un droit économique », p. 142.

<sup>1154</sup> V. ainsi avec des doutes sur l'efficacité du droit de la concurrence en matière de contrôle du pouvoir économique G. Farjat, op. cit., p. 141. Partant d'un point de départ idéologique différent de celui de G. Farjat, le Pr. Ph. Le Tourneau partage néanmoins le même pessimisme, en remarquant que « le droit de la concurrence se développerait à mesure que le libéralisme sans frontière prend une inquiétante ampleur, pour en constituer une sorte de contre-poids ; mais j'observe cependant qu'il est assez désarmé face aux puissants groupes transnationaux et qu'il donne même parfois l'impression de favoriser le libéralisme absolu plus que le contrôler » (Rapport de synthèse du colloque « Droit de la concurrence et droit privé » tenu à Lyon le 15 oct. 1999, Cahiers de droit de l'entreprise 2000 n° 3 p. 46).

<sup>1155</sup> Sur les dimensions politiques du droit de la concurrence v. M. Chagny « Droit de la concurrence et droit commun des obligations » Dalloz 2004, préf. J. Ghestin, n° 515. Sur l'aspect politique du droit de la concurrence aux Etats-Unis et l'impact sur lui des alternances entre républicains et démocrates v. G. Farjat, op. cit., p. 136 et ibid p. 143 sur la collusion possible, avec comme exemple le traitement de l'affaire Microsoft sous la présidence de G. W. Bush.



avec comme critère ses propres finalités et règles. Plusieurs opérations sociétaires particulièrement importantes peuvent subir ce contrôle, opérations par lesquelles est obtenue la poursuite de la concentration économique : fusions et plus généralement restructurations, prises de contrôle – par le biais d’offres publiques ou d’acquisition de blocs de contrôle –, constitutions de filiales communes, coordinations au niveau du groupe de sociétés, pactes extra-statutaires d’organisation du contrôle. La validité du point de vue du droit des sociétés ne suffit plus pour garantir dans les grandes entreprises ces opérations sociétaires, qui en plus doivent ne pas entrer en conflit avec les finalités du droit de la concurrence, ce dernier devenant ainsi un facteur important d’ordre public économique sociétaire. Il s’agit d’un contrôle fait principalement par le moyen de notions largement communes dans les deux droits, à savoir de celles de concentration d’entreprises (L430-1 suiv. C.com., historiquement 4 suiv. L403/1977 et aujourd’hui 5 suiv. L3959/2011), de position dominante et de son abus (L420-2 C.com., jusque récemment 2 L403/1977 et aujourd’hui 2 L3959/2011), mais aussi d’entente anti-concurrentielle (L420-1 C.com., jusque récemment 1 L403/1977 et aujourd’hui 1 L3959/2011)<sup>1156</sup>. De la sorte, le droit de la concurrence, avec son ordre public économique au service du marché, intervient et contrôle les opérations sociétaires, dans le but de préserver le fonctionnement « normal » du marché, tel qu’entendu dans chaque période. Cette intervention est particulièrement importante pour ce qui concerne les effets et l’opposabilité de la personnalité morale des sociétés, élément essentiel dans la construction de plusieurs montages sociétaires (comme nous avons vu ci-dessus, l’utilisation de la personnalité morale dans le cadre de montages sociétaires peut jouer un rôle multiplicateur du contrôle et du pouvoir, tout en permettant la segmentation des risques que l’extension du contrôle pourrait engendrer). Le droit de la concurrence se verrait condamner à l’impuissance s’il était obligé d’arrêter devant l’autonomie juridique de la personnalité morale dans son contrôle de la concentration économique et des abus de pouvoir économique<sup>1157</sup> ; il tend ainsi à établir la réalité du pouvoir derrière la forme juridique sociétaire, en « levant le voile » de la personnalité juridique des sociétés impliquées, si cela est nécessaire pour l’exercice effectif de son contrôle. Le droit de la concurrence avec son réalisme tend aussi à appréhender pour mesurer la concentration et l’exercice du pouvoir économique les montages sociétaires

---

<sup>1156</sup> Sur les notions de concentration, d’entente, de position dominante et de son abus dans les deux droits sous comparaison v. Ph. et Ph. Didier, n<sup>os</sup> 614 suiv., 706 suiv., 815 suiv., L. Kotsiris, p. 424 suiv., 502 suiv., 553 suiv. Le droit français connaît aussi la notion spécifique d’abus de dépendance économique (L420-2 al. 2 C.com.) ; le droit grec connaissait lui aussi la notion d’abus de dépendance économique –anc. art. 2A L702/1977- mais la nouvelle loi 3959/2011 contenant désormais le droit grec de la concurrence ne l’a pas reprise.

<sup>1157</sup> L. Arcelin, thèse précitée, n<sup>o</sup> 48 suiv.

effectués *ratione societatis* par l'utilisation de techniques du droit des contrats, tels les pactes extrastatutaires. De la sorte, le droit de la concurrence devient un facteur important d'appréciation juridique des montages sociétaires.

## **Section II: La particularité régulatoire de l'ordre public économique sociétaire de la concurrence**

Particularité commune à toutes les formes de « régulation » (selon la terminologie française), le droit français et le droit grec de la concurrence sont largement confiés pour leur application – plus généralement, mais aussi en ce qui concerne les structures sociétaires – à des autorités régulatrices, leur compétence connaissant toutefois des limites à cause des implications de politique économique de l'application du droit de la concurrence (§ 1). En plus, l'ordre public de la concurrence intervient dans les mécanismes et opérations du droit des sociétés avec ses propres caractéristiques, notions et techniques « régulatrices » différentes de celles de droit des sociétés et de son ordre public classique (§ 2).

### **§ 1. Les autorités régulatrices de la concurrence comme facteur dans la vie des sociétés importantes**

Le rôle des autorités régulatrices est crucial en matière de droit de la concurrence : c'est parce que les notions juridico-économiques de l'ordre public économique de la concurrence sont tellement floues, que les autorités régulatrices deviennent par leur pouvoir d'application une source importante de ce droit. De la sorte, ces autorités deviennent aussi des facteurs importants dans la vie et l'organisation des sociétés avec une taille significative – autrement dit des facteurs de l'ordre public économique sociétaire. Cela, d'autant plus qu'elles ont acquis depuis 2003 (Regl. 1/2003 CE) une compétence concurrente avec la Commission pour l'application du droit communautaire de la concurrence<sup>1158</sup>. Les autorités de la

---

<sup>1158</sup> Sur le Règlement 1/2003 v. P. et Ph. Didier, n° 731 suiv.

concurrence dans les deux pays sous comparaison expriment ainsi par leur caractère mixte un « mélange des genres » et des pouvoirs – étatiques et économiques<sup>1159</sup>.

#### **A. L'autorité française de la concurrence**

En France, l'autorité régulatoire de la concurrence est l'Autorité de la concurrence (ancien Conseil de la concurrence, mis en place par l'ordonnance du 1er décembre 1986 - aujourd'hui L461-1 suiv. C.com. – on a pu même soutenir que le droit français de la concurrence au sens moderne du terme est né véritablement à la date de la création de cette autorité). L'Autorité de la concurrence, autorité administrative indépendante, est d'une composition mixte, judiciaire et professionnelle<sup>1160</sup>. Un large cercle de personnes a la possibilité de la saisir, l'Autorité pouvant d'ailleurs se saisir d'office pour ce qui concerne les opérations de concentration (L462-5 C.com.). Elle dispose des pouvoirs importants d'enquête, d'injonction et de sanction, la procédure sanctionnatrice devant elle étant toutefois moins « judiciarisée » que celle devant l'AMF (L463-1 suiv. C.com.). A la différence de l'AMF, elle ne dispose pas d'un pouvoir réglementaire propre, son avis étant toutefois nécessaire pour l'exercice du pouvoir réglementaire dans certains cas concernant le droit de la concurrence (L462-2 C.com.). Le contrôle judiciaire de ces décisions – en annulation ou réformation- est confié, à l'instar de l'AMF, au juge judiciaire et plus particulièrement à la Cour d'appel de Paris (L464-7 C. com.)<sup>1161</sup>.

---

<sup>1159</sup> Ainsi pour l'Autorité française de la concurrence G. Farjat « Pour un droit économique », p. 41.

<sup>1160</sup> L'Autorité est constituée de dix-sept membres nommés pour six ans, dont un président, six membres ou anciens membres des hautes juridictions françaises, cinq personnalités exerçant ou ayant exercé une activité dans l'un des domaines principaux de l'économie, cinq personnalités choisies en raison de leur compétence en matière économique ou de concurrence et de consommation. Les membres sont nommés pour une durée de cinq ans par décret pris sur le rapport du ministre de l'économie, ce mandat étant renouvelable, sauf pour le président, dont le mandat est renouvelable pour une seule fois ; sur le dispositif de prévention du conflit d'intérêts au sein de l'Autorité, v. L461-1 C.com. A côté de cet organe décisionnel, il y a un organe d'instruction, le rapporteur général assisté de rapporteurs. Sur la procédure devant l'Autorité v. G. Ripert-R. Roblot, t. 1 (par L. Vogel), n<sup>os</sup> 997 suiv..

<sup>1161</sup> Sur ce contrôle v. P. et Ph. Didier, t. 1, n<sup>o</sup> 808, G. Ripert - R. Roblot, t.1 (par L. Vogel), n<sup>os</sup> 721, 2006 suiv.

## **B. L'autorité grecque de la concurrence**

En Grèce, l'autorité régulatoire est l'Epitropi Antagonismou (EA, Commission de la concurrence), créée par la loi 703/1977, autorité indépendante qui semble avoir aujourd'hui la personnalité morale, mais n'a pas une consécration constitutionnelle (aujourd'hui art. 12 suiv. L3959/2011). Sa composition est mixte, de personnes de compétence reconnue et de professionnels de renommée, sans toutefois détermination par la loi de nombres pour chacune de ses deux catégories et sans participation de magistrats, à la différence de l'autorité française (art. 12 L3959/2011)<sup>1162</sup>. Les membres de la Commission bénéficient selon la loi d'indépendance personnelle et fonctionnelle dans l'exercice de leurs compétences. Sa saisine peut être faite par un très large cercle de personnes, elle dispose de larges pouvoirs d'application du droit de la concurrence et plus particulièrement d'imposition de sanctions à l'égard de personnes enfreignant les prescriptions impératives du droit de la concurrence, et elle a aussi, outre la compétence de donner des avis, un pouvoir normatif dans certains cas (art. 11, 14, 25 L3959/2014). La procédure devant elle est soumise aux dispositions et garanties du Code de procédure administrative grecque (principe du contradictoire, impartialité), à l'instar de l'autorité grecque des marchés financiers, mais aussi à des dispositions spéciales de la loi 3959/2011 (art. 15 suiv. de cette loi). Une fois de plus à l'instar de l'autorité grecque des marchés financiers, et à la différence du droit français, le contrôle en justice de ses décisions est confié au juge administratif et plus particulièrement à l'Epheteio –CA- administratif d'Athènes, sous le contrôle de cassation du Symvoulio Epikrateias – CE grec (30 suiv. L3959/2011)<sup>1163</sup>.

Deux remarques supplémentaires doivent être faites à propos des autorités de la concurrence française et grecque : d'abord, leurs pouvoirs peuvent trouver des limites à cause de l'implication de la politique économique dans les affaires concernant le droit de la concurrence. Ainsi, en droit français le contrôle des concentrations d'entreprises d'une certaine taille – autrement dit, le contrôle des techniques principales du processus de concentration relevant du droit des sociétés – était soustrait au Conseil de la concurrence, pour être confié au ministre de l'Economie, qui statuait avec avis du Conseil de la

---

<sup>1162</sup> La Commission est constituée de huit membres ordinaires, dont le président et le vice-président et de quatre rapporteurs. Le président et le vice-président sont choisis par le Parlement – particularité intéressante du droit grec- sur proposition du ministre d'Economie et nommés par arrêté de ce dernier, tandis que les autres membres et les rapporteurs sont nommés par le ministre après consultation de la Commission compétente du Parlement. Comme le droit français, le droit grec prévoit des dispositifs visant à prévenir des conflits possibles d'intérêts des membres de la Commission.

<sup>1163</sup> L. Kotsiris, op. cit., p. 611.

concurrence (ancien L430-4 suiv. C.com.)<sup>1164</sup>. Aujourd'hui, après la réforme du droit français de la concurrence effectué par la loi 2008-71 du 4 août 2008, le droit français reconnaît une compétence de principe dans le contrôle des concentrations à l'Autorité de la concurrence – dans le cas bien sûr de dépassement dans la concentration des seuils prévus par la loi (L430-1 suiv. C.com). Toutefois, le ministre de l'économie maintient une compétence de dernier ressort, pouvant statuer autrement que l'Autorité pour des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence et, le cas échéant, compensant l'atteinte portée à cette dernière par l'opération (L430-7-1 C.com)<sup>1165</sup>. La logique de la réforme semble être que la politique économique maintient le rôle de la dernière instance, pouvant renverser des solutions hostiles à certaines concentrations, solutions auxquelles on devrait aboutir selon la logique propre au droit de la concurrence. En droit grec, une décision spécialement motivée des ministres d'économie et du commerce pouvait renverser une décision préalable négative de l'autorité de la concurrence concernant une opération de concentration, en autorisant cette dernière si elle présentait des avantages économiques dépassant les inconvénients résultant de la restriction de la concurrence réalisée par la concentration (anc. art. 4y § 3 L703/1977) –mais la loi de 2011 n'a pas repris ce dispositif<sup>1166</sup>. Dans son étape

---

<sup>1164</sup> P. et Ph. Didier, n° 843 suiv.

<sup>1165</sup> La loi cite à titre indicatif comme pareils motifs le développement industriel, la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale ou la création ou le maintien d'emplois (L430-7-1 II C.com.)

<sup>1166</sup> L. Kotsiris, p. 569 suiv. (sur les tailles significatives pour l'exercice de contrôle). Pour le déclenchement du contrôle des concentrations et de la compétence de l'Autorité de la concurrence, le droit français exige en principe le cumul de trois conditions, à savoir chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration supérieur à 150 millions €, chiffre d'affaires total en France par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernées supérieur à 50 millions €, l'opération ne doit pas entrer dans le champs d'application du Règl. CE n° 139/2004 du Conseil du 20 Janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises. Pour des aspects plus particuliers v. L430-2 II-V.

Pour le droit grec, il y avait avant 2011 application de deux conditions alternatives pour le déclenchement de la procédure du contrôle des concentrations, à savoir soit acquisition ou augmentation d'au moins de 35% du chiffre total d'affaires sur un marché pertinent soit chiffre global d'affaires de l'ensemble des entreprises participant à la concentration supérieur à 150M€, avec deux au moins des entreprises participant réalisant chacune distinctement un chiffre d'affaires supérieur à 15 millions €. Aujourd'hui le dispositif est plus simple et ressemble davantage à celui français, avec suppression du premier critère du pourcentage du chiffre d'affaires sur le marché pertinent et introduction du seuil des 150 millions d'euros de chiffre total mondial d'affaires des entreprises participantes à la concentration, deux au moins d'entre elles devant faire chacune un chiffre d'affaires de 15 millions d'euros au moins en Grèce (art. 6 par. 1 L3959/2011). Les deux droits prévoient par ailleurs des obligations de notification – préalable pour le droit français, à l'étape du projet et notamment de l'accord de principe, de signature de lettre d'intention ou de l'annonce d'une offre publique, en droit grec dans un délai de 30 jours dès la conclusion de l'accord ou de la publication de l'offre ou de l'échange ou de la prise de l'obligation d'une participation garantissant le contrôle de

actuelle le droit grec est de la sorte plus confiant à l'égard du droit et de l'autorité de la concurrence pour ce qui concerne le contrôle des concentrations –principalement effectuée par le biais d'opérations sociétaires- que le droit français.

L'autre remarque concerne les pouvoirs des autorités de la concurrence sous l'angle de leurs finalités : elles ont le pouvoir de restaurer l'ordre public de la concurrence violé en imposant les sanctions prévues par la loi, non de réparer les préjudices individuels résultant de ces violations – elles sont d'ailleurs plus généralement des instruments (selon la terminologie française) d'un ordre public économique de « direction » et non de « protection »<sup>1167</sup>.

## **§ 2. La particularité de fond de l'ordre public économique sociétaire de la concurrence**

### **A. L'inopposabilité éventuelle des constructions du droit des sociétés face au droit de la concurrence**

Largement « anational » et par conséquent dans une large mesure commun en France et en Grèce, le droit de la concurrence – et partant son aspect concernant le droit des sociétés – se soucie plutôt de la réalité économique que de la forme juridique, autrement dit il se soucie plus de l'entreprise que de la société, sa forme juridique. On retrouve ainsi comme incontournable la notion d'entreprise au cœur même du droit de marché qu'est le droit de la concurrence ; ce dernier retient toutefois une notion fonctionnelle et assez neutre de l'entreprise, envisagée comme « toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement », selon la définition retenue par la CJCE<sup>1168</sup>. L'opposabilité des personnes morales créées normalement selon le droit des sociétés trouve ainsi ses limites, notamment en ce qui concerne les groupes des sociétés : p.ex., dans l'appréciation de l'existence d'une position dominante, le droit de la concurrence peut considérer qu'il existe dans ce cas une entreprise unique, malgré la multiplicité des formes juridiques (des sociétés) et imputer le comportement de la filiale – en cas d'abus – à la société mère (v. aussi expressément L420-2 C.com. sur l'abus de position dominante ou de dépendance économique par des groupes

---

l'entreprise- de ces opérations de concentration à la charge des personnes acquérant le contrôle (ou à toutes les entreprises participantes en cas de fusion) à leurs autorités de la concurrence sous menace de sanctions administratives pécuniaires (art. L430-3, L430-8 C.com, 6 L3959/2011).

<sup>1167</sup> Sur le concours des sanctions pénales en matière de violation du droit de la concurrence v. M-A. Frison-Roche- M. S. Payet, n<sup>os</sup> 427 suiv., L. Kotsiris, p. 701.

<sup>1168</sup> CJCE 23 avril 1990, Hoffner, Aff C-41/9.

d'entreprises et 2 L3959/2011 sur l'abus de position dominante par plusieurs entreprises). En outre, le droit de la concurrence a sa notion propre du contrôle d'une entreprise par une autre ou du contrôle de plusieurs entreprises par la même personne dans le cadre des opérations de concentration, en s'intéressant plutôt à la possibilité d'influence déterminante exercée par l'une de ces entreprises sur l'autre, directe ou indirecte, indépendamment de la qualification juridique des moyens utilisés pour l'obtention de cette influence (fusion, acquisition d'un bloc de contrôle, offre publique, liens contractuels, acquisition de droits sur ensembles de biens ou tout autre moyen, avec aussi prise en compte des circonstances de fait -v. sur la définition largement commune des opérations de concentration par les deux droits L430-1 C.com., 5 par. 2,3 L3959/2011)<sup>1169</sup>. Il est ainsi évident que le droit de la concurrence devient un facteur important d'appréciation de la licéité de certains montages sociétaires aboutissant à la multiplication du pouvoir dans les entreprises.

## **B. La particularité des méthodes du droit de la concurrence dans le contrôle des opérations sociétaires**

Une autre caractéristique principale du droit de la concurrence et de l'ordre public économique sociétaire de la concurrence est que la conformité d'une opération par rapport aux impératifs du droit de la concurrence se fait largement par une appréciation de ses effets économiques concrets, non selon la méthode juridique classique de soumission d'un ensemble de faits aux conditions émises par une norme de droit, préalablement définie abstraitement et interprétée selon une logique juridique. Ce sont ces effets économiques qui vont jouer le rôle prépondérant – par une pesée des différents intérêts et pondération des conséquences économiques - dans la décision statuant sur la conformité ou non d'une

---

<sup>1169</sup> Sur cette notion de contrôle propre au droit de la concurrence v. P. et Ph. Didier n° 817 suiv., M.-A. Frison-Roche- M. S. Payet, n°s 346 suiv, L. Kotsiris, p. 561 suiv. Plus particulièrement sur le droit de la concurrence et les techniques d'acquisition du contrôle du droit boursier, v. M.-A. Frison-Roche - L. Cohen-Tanugi « Droit boursier et droit de la concurrence », Les petites affiches, n° spec. 21 juillet, 1999 et (en grec) I. Soufleros « Acquisition de contrôle d'entreprise par le moyen de transactions boursières ou d'offre publique d'achat ou d'échange et contrôle préventif de concentration », EEmpD 2002, 694. V. 5 par. 6 L3959/2011 sur des exceptions à la notion de concentration notamment au profit des participations de banques, compagnies d'assurances, sociétés de portefeuille qui n'exercent pas leurs droits en influençant la politique de l'entreprise en matière de la concurrence.

opération sociétaire par rapport au droit de la concurrence. Il est bien sûr évident que le rôle des autorités de la concurrence devient fondamental dans cette appréciation. Ainsi, pour les deux droits sous comparaison, une entente, matérialisée p. ex. par le biais d'une filiale commune, peut être déclarée acceptable, malgré la prohibition de principe, si la pesée d'intérêts et l'appréciation de la situation économique concrète aboutit à établir son caractère tolérable (L420-4 C.com, 1 § 3 L3959/2011)<sup>1170</sup>. Pareillement, une opération sociétaire de concentration va être jugée conforme au droit de la concurrence, après pesée des intérêts impliqués et de son impact économique, si ses effets sont d'un point de vue général bénéfiques, dépassant les restrictions à la concurrence en résultant (L430-5 suiv. C.com., 7, 8 par. 3 L3959/2012)<sup>1171</sup>. D'autre part, si le risque d'une interdiction d'une

---

<sup>1170</sup> V. sur les critères d'exonération des ententes dans les deux droits P. et Ph. Didier, n<sup>os</sup> 732-734 (avec des doutes sur la réalité de la relation entre le principe et l'exception), L. Kotsiris, op. cit., p. 485 suiv. Pour le droit français ne sont pas soumises à la prohibition des ententes anti-concurrentielles de l'art L420-1 et des abus de position dominante et de dépendance économique de l'art. L420-2, outre les pratiques résultant de l'application d'un texte législatif ou réglementaire, celles dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle du produits en cause, les restrictions imposées à la concurrence devant être indispensables pour l'obtention de cet objectif de progrès (L420-4-1, avec en plus une exonération particulière pour les entreprises agricoles). Selon l'art. L420-4-II, certaines catégories d'accords ou certains accords, notamment lorsqu'ils ont pour objet d'améliorer la gestion des entreprises moyennes et petites, peuvent être reconnus comme satisfaisant à ces conditions par décret, pris avec avis conforme de l'Autorité de la concurrence. Le droit grec prévoit que des accords, décisions et pratiques concertées tombant dans la définition des ententes anti-concurrentielles du par. 1 de l'art. 1 L3959/2011 ne sont pas prohibées, s'il y a cumul des mêmes critères essentiellement que ceux utilisés par le droit français (contribution à l'amélioration de la production ou de la distribution ou à la promotion du progrès économique ou technique, réservation aux consommateurs d'une partie raisonnable du profit en résultant, caractère nécessaire des restrictions imposées à la concurrence pour la réussite de ces objectifs, la concurrence ne se trouve pas à la suite de ces accords etc supprimée sur l'ensemble ou une partie importante d'un marché donné -}3 L3959/2011).

<sup>1171</sup> Sur la pesée des intérêts en matière de concentration v. P. et Ph. Didier, n<sup>os</sup> 823 suiv, L. Kotsiris, p. 576 suiv. Selon l'art L430-6 C.com, lorsqu'une opération de concentration fait l'objet d'un examen approfondi (v. L430-5 pour les cas de renvoi à un tel examen), l'Autorité de la concurrence examine si elle est de nature de porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante ou par création ou renforcement d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique. Elle apprécie si l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence. Le droit grec prévoit aujourd'hui quant à lui la prohibition par décision de la Commission de la concurrence des concentration d'entreprises au-dessus des seuils légaux pouvant restreindre significativement la concurrence sur le marché national ou sur un segment important de celui-ci, notamment par la création d'une position dominante (7 par.1 L3959/2011). Pourtant, le par.}2 du même article énonce une série de critères pouvant être pris en compte pour ce qui concerne la restriction de la concurrence résultant de la concentration, y compris la contribution dans l'évolution du progrès technologique et économique, pourvu que cette évolution soit dans l'intérêt des



opération de concentration est aujourd'hui pratiquement réduit dans les deux droits sous comparaison, les autorités de la concurrence des deux pays ont le pouvoir d'enjoindre aux entités impliquées dans la concentration de prendre les mesures nécessaires pour garantir la libre concurrence dans le domaine concerné (art L430-7 C.com., 8 par. 8 L3959/2012), pouvoir d'ordre public économique de la concurrence, dérogeant aux techniques de sanctions du droit commun. La pondération des intérêts impliqués se fait par une technique que les auteurs français appellent « technique du bilan »<sup>1172</sup>. On voit ainsi que plusieurs opérations sociétaires particulièrement importantes sont soumises au contrôle d'un ordre public économique très particulier, fortement dépendant de considérations économiques, mélangeant souplesse, mais aussi une certaine insécurité juridique. D'ailleurs, n'est pas exclue une influence de ces techniques du droit de la concurrence plus généralement sur le droit des sociétés lui-même, avec une évolution possible vers le partage du licite de l'illicite en matière des sociétés, selon une pondération rappelant la « technique du bilan » – perspective intéressante, mais qui ne va pas sans engendrer des doutes, notamment à cause de l'insécurité juridique pouvant en résulter<sup>1173</sup>.

### **C. L'ordre public économique de la concurrence et son impact sur les effets de droit privé des opérations et montages sociétaires**

Les sanctions caractéristiques imposées par l'ordre public économique de la concurrence sont, comme nous l'avons vu, de nature administrative et pénale, les sanctions administratives étant imposées par les autorités de la concurrence française et grecque, p. ex. en cas de réalisation d'ententes prohibées ou de violations des prescriptions impératives en cas de concentrations. Pourtant, l'ordre public économique de la concurrence a aussi un impact de droit privé, sur les actes juridiques faits en violation de ses prescriptions, comme tout autre bloc de règles d'ordre public, selon le droit commun des actes juridiques (art 6, 1128 suiv. Code civil français, 3, 174 AK – v. supra Titre I), situation qui bien sûr a un impact potentiel important sur des actes juridiques du droit des sociétés ou effectués *ratione societatis* et tombant dans le champ d'intérêt du droit de la concurrence<sup>1174</sup>. En plus, les

---

consommateurs et n'empêche pas la concurrence. V. infra Partie II sur la filiale commune comme concentration ou comme entente.

<sup>1172</sup> Sur la technique de pesée d'intérêts et du bilan v. M.- A. Frison-Roche - M. S. Payet, n<sup>os</sup> 383 suiv.

<sup>1173</sup> Sur la possibilité d'une transposition des sanctions du droit de la concurrence en matière de violation de l'impératif sociétaire, v. S. Schiller, thèse précitée, n<sup>os</sup> 1055 suiv.

<sup>1174</sup> Sur les sanctions civiles et la nullité des actes juridiques privés pour violation du droit de la concurrence v. la thèse précitée de M. Chagny, nos 248 suiv.

deux droits de la concurrence prévoient expressément la nullité des actes juridiques mettant en place une entente prohibée ou un abus de position dominante pour le droit français (L420-3 C.com.), une entente prohibée pour le droit grec (1 par. 2 L3959/2011). Cette nullité pourrait atteindre une société elle-même, s'il s'agit d'une filiale commune matérialisant une entente prohibée, de sorte que l'objet et la cause de la société soient exactement la réalisation de cette entente. Il ne semble pas toutefois que la jurisprudence française ait eu à se prononcer sur la nullité d'une société pour entente illicite, dans un environnement plus général de recul des nullités en matière de sociétés (v. supra Titre I), l'essentiel des sanctions en matière de filiale commune-entente restant dans le giron des pouvoirs de l'Autorité de la concurrence. En plus, en droit grec la doctrine dominante refuse d'admettre l'entente illicite comme cause de la nullité des sociétés de capitaux, même si l'entente constitue l'objet réel de la société, sur le fondement de la considération que le droit communautaire permet la nullité de ces sociétés seulement pour objet statutaire illicite (v. supra, Titre I)<sup>1175</sup> ; d'autre part, il est sûr que des clauses statutaires accessoires des sociétés de capitaux-filiales communes exprimant une entente sont elles-mêmes nulles<sup>1176</sup>. On pourrait en plus accepter que les pactes extra-statutaires régulant la vie d'une société sont nuls, selon le fondement, le sens et avec les effets de la nullité propres à chacun des deux droits sous comparaison (v. supra, Titre I), s'ils sont indissociables dans l'esprit des parties de l'accord mettant en œuvre une entente illicite. La prohibition des pratiques anti-concurrentielles peut par ailleurs condamner en droit français dans certain cas particuliers des clauses d'agrément et d'exclusion introduite dans les statuts d'une société, si ces clauses ont un but anti-concurrentiel : c'est notamment le cas d'accès aux groupements coopératifs ou aux centrales d'achat, constituées notamment sous la forme de GIE ou de SAS, si la participation à ces entités est nécessaire pour l'exercice d'une activité économique ou si l'exclusion peut constituer une rupture abusive de relations commerciales<sup>1177</sup>. Les techniques du droit de la concurrence – technique du bilan, contrôle de proportionnalité – ont bien sûr un rôle important quant à l'appréciation de la licéité de clauses de non-concurrence, statutaires (là où une obligation de non-concurrence ne résulte pas de l'ordre public de la forme sociale en cause elle-même) ou extra-statutaires,

---

<sup>1175</sup> V. A. Karagounidis in DAE (« Droit des sociétés anonymes »), dir E. Perakis, t. 1, p.598.

<sup>1176</sup> V. pour une EPE (SARL) dont des clauses accessoires des statuts matérialisaient une entente Eph (CA) Athènes 80/1980, Arm 1980, p. 1019

<sup>1177</sup> A. Larrue « La confrontation entre les règles du droit des sociétés et du droit de la concurrence », rapport au colloque précité de Lyon sur le droit privé et le droit de la concurrence « Cahiers du droit de l'entreprise » 2000 n°5 p. 6.

accompagnant une cession du contrôle de la société<sup>1178</sup>. Pour ce qui concerne les opérations sociétaires et techniques contractuelles permettant l'acquisition du contrôle et la concentration entre entreprises, les deux droits imposent la suspension de principe de leur réalisation effective – si les seuils légaux sont dépassés – jusqu'à ce que les autorités de la concurrence statuent sur l'opération de concentration, sous menace de sanctions administratives (L430-4 C.com., 9 par. 1 L3959/2011)<sup>1179</sup>. Si de tels contrats et opérations ont éventuellement produit leurs effets malgré la prévision légale, se pose en cas de prohibition finale de la concentration le sort des actes en cause, les deux droits sous comparaison introduisant des dispositifs dérogeant au droit commun : le droit français prévoit ainsi que l'Autorité de la concurrence a le pouvoir d'imposer aux parties par voie d'injonction toute mesure nécessaire pour restaurer la concurrence, l'injonction en cause prévalant sur toute clause contractuelle entre elles (L430-7 III C.com.- il s'agit d'un dispositif neutralisant les effets d'actes juridiques produisant des effets contraires au droit de la concurrence indépendamment du régime de nullité du droit commun) ; le droit grec prévoit que le sort de tels actes dépend de la décision de la Commission de la concurrence sur l'opération de concentration, et on doit en conclure que les actes en cause sont ainsi en principe nuls (v. supra sur le sens de ce terme en droit grec) en cas de décision prohibitive (avec exception des transactions sur le marché boursier –sauf mauvaise foi des participants quant à la prohibition de la transaction par le droit de la concurrence), sauf si la Commission exerce son pouvoir d'imposer d'autres mesures démantelant l'opération de concentration dans le but de restaurer la concurrence, sous menace de sanctions administratives (9 par. 4, 5 L3959/2011). Comme nous avons vu ci-dessus, les autorités de la concurrence dans les deux pays ont aussi le pouvoir exorbitant du droit commun d'accepter les opérations de concentration en leur imposant des conditions, restrictions etc (L433-7 III C.com., 8 par.8 L3959/2011) ; il s'agit d'un cas de « remodelage » des actes juridiques privés par le droit de la concurrence, les parties devant souvent procéder à l'envers, en cédant des participations dans des sociétés etc. Il semble toutefois que pour le droit français les fusions-absorptions sont irréversibles du point de vue du droit de la concurrence, seule la voie du « remodelage » étant ouverte dans ce cas aux autorités (à l'opposé du droit grec – 9 par. 4 L3959/2011, qui donne expressément à la Commission de

---

<sup>1178</sup> M. Chagny op. cit., n°363

<sup>1179</sup> M. Chagny op. cit., n°423. Les deux droits prévoient pourtant la possibilité de dérogations à cette suspension de principe par décision des autorités de la concurrence, le droit grec prévoyant en plus une dérogation ex lege pour les offres publiques d'acquisition ou la prise des participations de contrôle par le biais de transactions boursières- mais les droits de vote ainsi acquis doivent être exercés exclusivement dans le but de préserver la valeur des titres acquis et avec autorisation spéciale de la Commission de la concurrence.

la concurrence le pouvoir d'ordonner la dissolution d'une fusion)<sup>1180</sup>. Bien sûr, les violations de l'ordre public de la concurrence par le biais de montages ou opérations sociétaires peuvent offrir aux victimes une action en responsabilité civile, si les conditions du droit de cette dernière sont réunies<sup>1181</sup>

## CONCLUSION DU TITRE II

Les sociétés - typiquement formes d'organisation juridique de l'entreprise capitaliste- se trouvent de nos jours sous la forte influence d'un ordre public économique au service du marché, à savoir l'ordre public des marchés financiers et du droit de la concurrence. Le marché n'est pas par ailleurs un phénomène de la nature, il a besoin du droit – et du droit impératif – pour pouvoir exister et fonctionner normalement dans ses formes développées. D'où l'émergence en France, mais aussi en Grèce, d'un ordre public économique sociétaire de marché, présentant des particularités importantes par rapport à l'ordre public sociétaire classique, un ordre public sociétaire du marché en expansion, à l'opposé du recul de l'impératif du droit commun des sociétés. Cet ordre public économique sociétaire du marché joue aujourd'hui un rôle capital dans la régulation juridique des sociétés importantes, surtout des sociétés cotées mais aussi de celles dont le comportement peut perturber le libre jeu de la concurrence. Il s'agit d'un ordre public économique sociétaire organisé autour de la notion de marché, non autour de la notion d'entreprise, comme c'est le cas de l'ordre public sociétaire classique et de l'impératif sociétaire découlant des autres branches du droit de l'entreprise. Si en matière d'ordre public économique de la société-entreprise il y a des différences importantes entre le droit français et le droit grec, en matière d'ordre public économique sociétaire du marché la tendance est plutôt vers la convergence entre les deux droits sous comparaison, largement sous l'influence du droit communautaire.

La première particularité importante de l'ordre public économique sociétaire du marché est le rôle central joué par les autorités du marché, autorités indépendantes à composition mixte, combinant, notamment en matière des marchés financiers, des pouvoirs traditionnellement séparés. La seconde grande particularité et la caractéristique la plus importante de l'ordre public économique sociétaire du marché consiste à ses finalités : pour les marchés financiers la finalité est le bon fonctionnement du marché, servi par la transparence et l'égalité de l'information sur les sociétés cotées, la libre formation du prix

---

<sup>1180</sup> V. pour le droit français M. Chagny op. cit., n°424.

<sup>1181</sup> V. M. Chagny op. cit. n°251 suiv, L. Kotsiris.

sur le marché boursier, l'égalité devant la prise du contrôle des sociétés cotées, la « bonne gouvernance » de ces dernières. Pour le droit de la concurrence, la finalité est le respect du libre jeu de la concurrence et le contrôle du processus de concentration. Le réalisme de ces finalités et leurs relations avec les finalités de l'entreprise sont les questions ouvertes à de nombreux débats, n'étant pas d'ailleurs dépourvues d'ambiguïtés. La troisième grande particularité de l'ordre public économique sociétair du marché consiste à ses modalités d'intervention dans la vie des sociétés, modalités dérogoires au droit privé commun : contrôle en amont (p.ex introduction d'une société à la Bourse, concentration), très fort recours aux sanctions administratives, sans exclusion des sanctions pénales, possibilité d'imposition d'obligations de contracter à des termes contrôlés (offres publiques d'acquisition et de retrait obligatoires), même possibilité d'expulsion sous garanties des ultra-minoritaires par les ultra-majoritaires dans le but de bon fonctionnement du marché. L'ordre public économique des marchés financiers est en plus caractérisé par le concours avec l'ordre privé économique (notamment avec le rôle des entreprises de marché), tandis que l'ordre public de la concurrence et son intervention dans les opérations sociétares sont caractérisés par le recours à la « technique du bilan » pour l'appréciation du licite et de l'illicite.

Dans les deux pays sous comparaison, l'ordre public économique sociétair du marché tient compte d'une manière plus adéquate du phénomène des montages que l'ordre public sociétair classique, à cause de son attitude plus réaliste, tendant à appréhender les véritables relations d'intérêt et de pouvoir derrière les différentes formes juridiques. L'ordre public économique des sociétés cotées tient ainsi notamment compte dans les deux pays de l'« action de concert » pour les obligations d'information et l'application de la réglementation impérative sur les offres publiques obligatoires, et il régleme aujourd'hui impérativement les différentes techniques de défense anti-OPA. L'ordre public économique de la concurrence s'intéresse notamment à l'entreprise comme unité de pouvoir, éventuellement « levant le voile » de la pluralité de personnes morales sociétares qui « cachent » cette unicité du pouvoir ; il s'intéresse en plus à la réalité de la prise de contrôle d'une entreprise par une autre, indépendamment des techniques juridiques et montages utilisés pour atteindre ce résultat. L'ordre public économique sociétair du marché est ainsi un facteur particulièrement drastique dans l'environnement juridique des montages sociétares.

## CONCLUSION DE LA PARTIE I

L'ordre public économique sociétaire, l'ensemble des règles impératives concernant l'organisation juridique de l'activité économique par le biais de sociétés, obéit à une *summa divisio* commune en droit français et en droit grec, à savoir entre ordre public de la société-entreprise et ordre public économique sociétaire du marché. C'est parce que l'entreprise et le marché sont les deux institutions fondamentales de l'économie capitaliste contemporaine, complémentaires, mais aussi dans une certaine mesure antagonistes, chose qui se répercute sur leur perception et organisation par le droit.

L'ordre public économique de la société-entreprise se caractérise d'abord par une hétérogénéité certaine de ses sources – grandes catégories du droit privé et de leur impératif intervenant en droit des sociétés, impératif du droit des sociétés stricto sensu, impératif des autres branches du droit de l'entreprise. Sa finalité première est de permettre à la société-entreprise d'exister juridiquement ; il poursuit ensuite la finalité d'organisation de grands équilibres au sein et autour de la société-entreprise, avec des questions importantes toujours ouvertes, notamment celle de l'impact de la réalité de l'entreprise sur la vie des sociétés et celle des finalités du pouvoir au sein de ces dernières. L'intervention des grandes catégories du droit privé et de leur impératif en droit des sociétés engendre des différences certaines entre le droit français et le droit grec et leurs ordres publics sociétaires respectifs. Le droit communautaire joue en sens inverse un rôle de rapprochement entre les deux droits sous comparaison et leurs ordres publics sociétaires. Le droit français et le droit grec partagent d'ailleurs aujourd'hui une tendance commune pour le recul de l'impératif du droit des sociétés dans les sociétés de droit commun ; pourtant, l'ordre public sociétaire demeure toujours un facteur nécessaire dans l'organisation juridique des entreprises.

L'ordre public économique sociétaire du marché a quant à lui une finalité suprême et univoque, à savoir le bon fonctionnement des marchés ; il s'agit du bon fonctionnement des marchés financiers (ordre public économique sociétaire des sociétés admises au marché financier) ou plus généralement du marché concurrentiel (ordre public économique de la concurrence dans son impact sur le droit des sociétés). Il est caractérisé par des particularités importantes, quant aux organes auxquels est confié son respect (autorités indépendantes du marché), mais aussi quant aux méthodes utilisées (contrôle en amont, souvent obligation de contracter à des conditions contrôlés, large place aux sanctions administratives). Le rôle de l'ordre public économique du marché a aujourd'hui une

tendance à s'élargir dans les deux pays sous comparaison pour ce qui concerne la vie et la régulation des sociétés importantes, à l'opposé du recul de l'impératif sociétair stricto sensu. L'ordre public économique sociétair du marché est d'ailleurs plutôt un domaine de convergence entre le droit français et le droit grec. L'ordre public économique du marché est nécessaire pour l'existence et le bon fonctionnement du marché – toutefois, son impact sur la vie des entreprises et leur organisation juridique est une question ouverte à des débats, notamment pour ce qui concerne l'impératif des marchés financiers.

L'ordre public économique sociétair est un facteur majeur dans l'environnement juridique des montages en droit des sociétés. Les choix des particuliers dans la réalisation de ces constructions juridiques d'origine privée sont ainsi dans une large mesure déterminés par les possibilités offertes ou laissées par l'ordre public sociétair, notamment pour ce qui concerne le choix du type social utilisé. D'autre part, l'ordre public sociétair offre aux particuliers des motifs pour l'aménagement de ses effets, son instrumentalisation ou son contournement. La relation entre ordre public économique sociétair et montages est ainsi tellement étroite qu'on puisse définir les seconds par leurs relations avec le premier. Pour ce qui concerne l'ordre public de la société-entreprise, les montages instrumentalisant les sociétés provoquent une crise des notions de la société-contrat et de la société-personne morale. Les deux droits sous comparaison, celui français et celui grec, présentent d'ailleurs des différences importantes au niveau du traitement des montages sociétares, parce que l'appréhension de la licéité de ces derniers selon les prescriptions de l'ordre public économique de la société-entreprise implique les grandes notions de contrôle de licéité du droit commun, sur lesquelles les deux droits divergent assez ; un autre facteur de différence entre les deux droits pour ce qui concerne le traitement des montages par rapport à l'ordre public de la société-entreprise consiste aux divergences importantes entre leurs dispositifs de sanctions – du droit commun, mais aussi largement du droit des sociétés. Par contre, en matière d'ordre public économique sociétair du marché, la tendance est plutôt vers la convergence entre les deux droits, cet ordre public ayant la capacité par son réalisme d'appréhender mieux certains montages sociétares.

## **PARTIE II : LES MONTAGES EN DROIT DES SOCIÉTÉS, PHÉNOMÈNE CONÇU PRINCIPALEMENT DANS SES RELATIONS AVEC L'ORDRE PUBLIC ÉCONOMIQUE SOCIÉTAIRE**

Si la Partie I a été consacrée principalement à l'étude de l'ordre public économique sociétaire comme environnement juridique des montages en droit des sociétés, la Partie II suivra la voie inverse : c'est en présentant les différentes catégories des montages au sein ou autour des sociétés dans les deux pays sous comparaison, la France et la Grèce, que nous allons examiner leur relation avec l'ordre public économique sociétaire et leur impact sur l'évolution de cette dernière. Nous allons par ailleurs voir à l'œuvre le contrôle de licéité des différents montages par l'ordre public économique sociétaire et le sort réservé à chacun d'eux par ce dernier, notamment dans l'étude de la jurisprudence française et grecque. Bien sûr, le domaine des montages est pratiquement inépuisable, c'est pourquoi notre ambition sera restreinte à la présentation des types les plus caractéristiques de montages pour chacun des deux droits sous comparaison et à la réaction des deux ordres publics sociétaires respectifs à l'égard de ces types caractéristiques de montages.

Dans notre introduction nous avons défini les montages dans leur relation avec l'ordre public économique sociétaire, à savoir comme les constructions juridiques d'origine privée ayant comme finalité ou comme effet soit d'aménager les effets, soit d'instrumentaliser, soit de contourner des blocs de normes juridiques en vigueur en matière des sociétés et fondamentalement celles de provenance de l'ordre public économique sociétaire. Cette seconde Partie sera par contre divisée non selon les finalités ou les effets des montages les définissant conceptuellement dans leur rapport avec l'ordre public sociétaire, mais selon les modalités d'action des montages par rapport à la société-entreprise. Un premier Titre sera ainsi consacré aux montages effectués *ratione societatis*, autour d'une société réputée expression juridique d'une entreprise, entité juridico-économique autonome (Titre I : Les montages effectués *ratione societatis* autour d'une société-entreprise autonome). Un second titre sera consacré aux montages instrumentalisant les sociétés au-delà de leur destination



d'être des expressions juridiques d'entreprises-entités juridico-économiques autonomes (Titre II : Les montages instrumentalisant les sociétés en dehors de leur destination type légale de constituer des formes juridiques d'entreprises autonomes ou même en dehors de toute utilisation comme formes juridiques d'entreprises). Bien sûr ces distinctions ne sont pas étanches et absolues, mais elles sont, croyons-nous, les plus utiles pour la présentation et l'organisation de la matière des montages sociétaires ainsi que pour l'approche plus concrète des questions concernant les relations entre les montages et l'ordre public économique sociétaire. Cette approche permettra d'ailleurs d'examiner par le moyen de la comparaison du droit français et du droit grec l'impact de la réalité des différents montages sur le « paradigme » de l'entreprise comme fondement du droit des sociétés, mais aussi son impact sur d'autres notions capitales pour l'organisation juridique des entreprises par le biais du droit des sociétés, notamment de celle de la société-contrat et de la société-personne morale.

## **TITRE I. LES MONTAGES SOCIÉTAIRES EFFECTUÉS AU SEIN OU AUTOUR D'UNE SOCIÉTÉ VUE COMME FORME JURIDIQUE D'UNE ENTREPRISE AUTONOME**

Selon le point de vue que nous avons adopté, les sociétés sont avant tout et typiquement aussi bien pour le droit français que pour celui grec des formes juridiques de financement et de gouvernance de l'entreprise privée (capitaliste). Il est ainsi naturel que les montages sociétares correspondent d'abord selon la définition que nous leur avons donnée à des efforts des particuliers d'aménager, d'instrumentaliser ou de contourner les normes juridiques du droit des sociétés et plus particulièrement celles impératives (d'ordre public) dans le cadre de sociétés exprimant juridiquement des entreprises (v. toutefois infra Titre II sur l'utilisation éventuelle des montages présentés dans le Titre I dans le cadre de constructions utilisant les sociétés elles-mêmes pour des buts plus ou moins atypiques mais en tout cas autres que d'être des formes juridiques d'entreprises). Il s'agit dans cette étape de notre étude d'entreprises exprimées juridiquement chacune par une société, chaque société-entreprise étant réputée constituer une entité juridico-économique autonome, la question de l'expression de la même entreprise par une pluralité de sociétés étant laissée pour plus tard (v. infra Titre II sur les groupes de sociétés).

La *summa divisio* au sein de cette première grande catégorie de montages est celle entre montages concernant la société-entreprise et effectués avec principalement recours aux techniques du droit des sociétés stricto sensu (Chapitre I) et ceux effectués autour de cette même société-entreprise, des montages *ratione societatis*, mais avec utilisation principalement des techniques du droit des contrats et du droit des biens (Chapitre II). Comme nous allons voir, la problématique des relations de ces montages avec l'ordre public sociétaire et de l'impact de cette dernière sur eux est différente dans chacune de ces deux sous-catégories.

## **CHAPITRE I: LES MONTAGES AU SEIN DE LA SOCIÉTÉ-ENTREPRISE EFFECTUÉS PRINCIPALEMENT AVEC UTILISATION DES TECHNIQUES DU DROIT DES SOCIÉTÉS STRICTO SENSU**

Dans ce premier chapitre nous allons étudier les montages ayant fait leur apparition dans les deux pays sous comparaison et utilisant des actes juridiques qui concernent la société-entreprise elle-même et relèvent du droit des sociétés au sens strict, à savoir des actes visant à constituer une société, à la doter de normes, à la faire acquérir la personnalité morale et à la faire fonctionner par le biais des opérations des organes sociaux (v. supra Partie I sur ces actes et leur impératif dans les deux droits sous comparaison comme environnement juridique des montages que nous étudions dans ce chapitre). Il s'agit d'actes juridiques (statuts, immatriculation, actes des organes sociaux) concernant la société elle-même comme organisation et développant des effets juridiques différents de ceux du contrat du droit commun. Comme nous avons vu dans la Partie I de notre étude, dans les deux droits sous comparaison les statuts des sociétés ont un caractère normatif de droit privé, l'immatriculation attribue la personnalité morale aux sociétés et les actes des organes sociaux sont des actes collectifs concernant la vie de cette personnalité morale de la société comme organisation. C'est pourquoi nous pouvons englober tous ces actes juridiques sous l'intitulé d'actes du droit des sociétés, distincts du contrat typique du droit privé. En raisonnant toujours sur le fondement de l'hypothèse d'une société exprimant juridiquement une entreprise vue comme entité juridico-économique autonome, nous allons successivement étudier dans ce Chapitre les montages sociétaires qui utilisent les différentes formes sociétaires en visant pour plusieurs raisons et dans l'une ou l'autre mesure à dissocier l'apparence de la réalité de la société-entreprise (Section I), les montages tendant à des formes sociales atypiques soit par la combinaison de formes sociales, soit par le biais d'ensembles de stipulations statutaires (Section II) et les montages utilisant des opérations sociétaires durant la vie de la société (Section III). Selon la définition des montages que nous avons donnée, dans tous ces cas étudiés, nous allons examiner dans quel degré les règles de l'impératif sociétaire sont aménagées dans leurs effets, instrumentalisées dans des buts différents de leurs buts typiques légaux, ou tout simplement contournées, ainsi que la réaction de l'ordre public des deux droits sous comparaison à ces montages.

## **Section I : Les montages tendant à dissocier l'apparence de la réalité de la société-entreprise**

Les cas les plus caractéristiques de montages que nous allons étudier dans cette section, à savoir ceux vus avec comme objet une société-entreprise constituant une entité juridico-économique autonome, effectués avec utilisation des différentes formes sociétaires des deux droits sous comparaison et tendant à dissocier l'apparence de la réalité de cette société-entreprise sont d'une part la mise d'une entreprise demeurant essentiellement individuelle sous forme de société (paragraphe 1) et d'autre part la dissociation du siège réel et du siège statutaire de la société, dans le but d'évincer l'application du droit des sociétés normalement applicable et de son ordre public (paragraphe 2).

### **Par 1 : La mise d'une entreprise demeurant essentiellement individuelle sous forme de société**

Montage traditionnel, simple, mais aujourd'hui avec moins d'intérêt que dans le passé, la mise d'une entreprise demeurant essentiellement individuelle sous forme de société a bien sûr ses causes et ses modalités (A), tout en trouvant des limites par le biais des mécanismes de contrôle de licéité d'ordre public dont les deux droit sous comparaison – celui français et celui grec – disposent (B). On pourrait bien sûr se demander combien une entreprise demeurant essentiellement individuelle constitue en fin de compte une entité juridico-économique autonome par rapport au maître de l'affaire et par conséquent dans quelle mesure le montage que nous étudions ne constitue une instrumentalisation des sociétés dans un but radicalement différent de celui typique légal. Pourtant, d'une part dans le montage en cause l'entreprise individuelle, identifiée au maître de l'affaire au sens que ce dernier y exerce un pouvoir de décision sans partage, est autonome au sens qu'elle constitue un centre autonome de décision, à la différence des sociétés se présentant comme des entités juridiques autonomes mais étant subordonnées en fait à une direction leur étant extérieure (v. infra Titre II sur le groupe de sociétés). D'autre part, comme nous allons voir par la suite, l'entreprise mise en société demeure dans le cas de figure que nous étudions individuelle au sens d'absence de pluralité réelle d'associés, tandis qu'elle peut

dans la pratique et doit juridiquement acquérir une certaine autonomie organisationnelle et surtout patrimoniale face à son créateur, comme conséquence de sa mise sous la forme sociétaire ; c'est pourquoi nous pouvons étudier le montage en cause dans le cadre des montages effectués autour d'une société vue comme expression juridique d'une entreprise-entité juridico-économique au moins relativement autonome face à son créateur. La vérité est d'ailleurs que l'intitulé de la mise d'une entreprise individuelle sous la forme sociétaire a des ambiguïtés, car elle peut couvrir des cas soit de mise de cette entreprise sous forme sociétaire avec respect de l'entité juridique ainsi créée par le maître de l'affaire, notamment par le respect d'un minimum d'autonomie organisationnelle –ne serait-ce qu'au sens du respect du « rite » du droit des sociétés- et surtout patrimonial de cet être juridique, la dissociation entre apparence et réalité étant dans ce cas relative, soit de mise de l'entreprise individuelle sous forme sociétaire purement en apparence, tout se passant essentiellement dans les relations de l'entrepreneur avec sa société comme si cette dernière n'existait pas. Il est évident que dans ce dernier cas de figure les atteintes à l'ordre public sociétaire mais aussi les dangers pour la vie des transactions sont beaucoup plus grands. L'intérêt d'une étude comparée de ces questions en droit français et en droit grec est de s'efforcer de préciser où chacun de ces deux droits et leur ordre public économique pose en la matière les limites du licite et de l'illicite et quels mécanismes il utilise dans ce but. Cette étude présente en plus l'intérêt d'une recherche des limites conceptuelles entre l'expression juridique d'une entreprise, même individuelle, par une société, d'une telle expression imparfaite et défectueuse et de la simple utilisation de la société comme simulacre et prétexte pour éviter ses responsabilités ou réaliser une fraude.

#### **A. Raison d'être et modalités du montage de la mise d'une entreprise demeurant essentiellement individuelle sous la forme de société**

##### **Les motifs du montage en cause dans les deux droits sous comparaison**

La mise d'une entreprise demeurant essentiellement individuelle sous la forme sociétaire est parmi les montages les plus anciens en droit des sociétés aussi bien en droit français qu'en droit grec. La raison d'être principale historique semble d'ailleurs commune dans les deux droits et consiste à l'impossibilité traditionnelle de principe de constituer par acte unilatéral un patrimoine d'affectation de l'entrepreneur individuel, avec segmentation de ses risques résultant de son activité d'entreprise, mais aussi avec protection des biens affectés

à cette activité face à ses créanciers personnels<sup>1182</sup>. La seule technique pendant longtemps disponible aussi bien en France qu'en Grèce pour aboutir à la création d'un patrimoine affecté à l'entreprise était ainsi la mise de l'entreprise demeurant essentiellement individuelle sous forme d'une société à risques limités. Il est vrai d'autre part que dans un domaine d'importance capitale notamment pour l'économie grecque, à savoir le commerce maritime, les deux droits sous comparaison prévoyaient historiquement la possibilité de restriction de la responsabilité du propriétaire du navire pour une série de dettes résultant de l'exploitation par abandon du navire aux créanciers maritimes, possibilité qu'on pourrait voir comme une sorte de constitution unilatérale permise de patrimoine d'affectation (ainsi anc. art. 216 C.com., art. 84-106 du Code de droit maritime privé grec -KIND)<sup>1183</sup>. Ce

---

<sup>1182</sup> V. sur l'ensemble de la question dans sa relation avec le droit des sociétés supra Partie I. Sur la théorie personnaliste du patrimoine et l'interprétation de l'art. 2092 C.civ. par Aubry et Rau v. J. Carbonnier « Droit civil- t. 3- Les biens », p. 3 suiv. Sur l'art. 330 AK et la responsabilité du débiteur pour l'inexécution fautive de ses obligations avec l'ensemble de ses biens v. M. Stathopoulos (en grec) « Droit général des obligations », p. 40 suiv. . Il est à noter que cet article est de droit supplétif – avec les limites d'ordre public de l'art. 332 AK se référant notamment à l'inexécution intentionnelle ou par lourde négligence de la part du débiteur et prohibant une renonciation du créancier en amont à ses droits dans ces cas de responsabilité du débiteur – mais la limitation de responsabilité même permise nécessite toujours un contrat avec chaque créancier, elle ne peut pas résulter par un acte unilatéral global de la personne débitrice. Il est aussi à noter que le terme « patrimoine » (perioucia) n'a pas en droit grec le sens qu'il a en droit français (v. infra).

<sup>1183</sup> Selon l'anc. art. 216 C.com., le propriétaire du navire était tenu pour les actes du capitaine du navire concernant le navire et l'expédition maritime, mais sa responsabilité cessait avec l'abandon du navire et du frêt. L'opinion dominante française refusait d'y voir la possibilité de constitution d'un patrimoine d'affectation, en préférant aborder le sujet comme un cas particulier de responsabilité du fait du préposé, mais l'opinion contraire avait aussi des partisans nombreux et importants – v. A. Vialard « Droit maritime », PUF 1997, P. Bonnasies - Chr. Scrapel « Droit maritime », LGDJ 2010, 2<sup>e</sup> édition. Le droit grec avait initialement introduit ce dispositif avec l'ensemble du Code français de 1807, pourtant, à la suite d'une évolution historique, il a façonné un système propre, toujours toutefois dans la même logique, système s'étant cristallisé dans le Code de droit maritime privé (KIND) de 1958. Ainsi, ce Code offre une exception importante au principe du droit commun de la responsabilité de la personne avec l'ensemble de ses biens pour l'ensemble de ses dettes –y compris celles résultant de l'activité de ses préposés -, comme il permet au propriétaire de navire qui l'exploite personnellement (ploioktitis) de restreindre sa responsabilité pour les dettes résultant de contrats conclus par le capitaine du navire pour l'exploitation de ce dernier ou de fautes du capitaine ou de l'équipage durant cette exploitation ou résultant d'un naufrage dans les eaux territoriales ou dans un port, en « cédant » aux titulaires de telles créances son navire, le frêt mixte de l'expédition et ses créanciers à l'égard des tiers pour des dommages causés par eux au navire (art. 85 suiv. KIND, prévoyant un dispositif de procédure collective par la vente du navire cédée et de satisfaction proportionnelle des créanciers sur le prix de la vente) ; le Code prévoit d'ailleurs que seuls les créanciers en cause concourent sur le navire leur étant « cédé », avec exclusion logiquement des créanciers personnels de l'exploitant. En tout cas, le résultat du dispositif de limitation de responsabilité du KIND est une sorte de double cloisonnement de la responsabilité de l'entrepreneur autour du bien principal apporté à l'exploitation, si l'entrepreneur maritime choisit la restriction de sa responsabilité par « cession » aux créanciers de son navire ; il s'agit donc de la possibilité de

dispositif a été remplacé par la suite aussi bien en France qu'en Grèce par le système plus moderne de la Convention de Londres de 1976 - d'inspiration anglo-saxonne- de restriction de responsabilité avec introduction de plafonds de dommages-intérêts par catégorie de créances maritimes pour un spectre plus large de dettes résultant de l'exploitation du navire et pour des catégories plus larges de personnes impliquées à cette exploitation, système dissocié du sort du navire<sup>1184</sup>. En tout cas, comme tout système de restriction de la

---

constitution par acte unilatéral d'une sorte de patrimoine d'affectation autour du navire, et cela même en cas de perte ou de destruction de ce dernier. Mais cette restriction de la responsabilité par « cession » aux créanciers du navire ne vaut pas pour une série de dettes de l'exploitation particulièrement importantes, à savoir les contrats du capitaine approuvés spécialement en amont ou en aval par le propriétaire, et a fortiori, devrait-on conclure, pour les contrats concernant l'exploitation du navire conclus personnellement par lui, ni pour les contrats de travail avec le capitaine et l'équipage, ni en cas de dommage dû à la faute du propriétaire du navire lui-même. Il est aussi à noter que le KIND prévoit dans les mêmes conditions que pour le propriétaire la possibilité assez curieuse de restriction par « cession » du navire aux créanciers de la responsabilité de l'armateur, à savoir de la personne qui exploite le navire pour son compte tout en n'étant pas son propriétaire, autrement dit de restriction de la responsabilité d'une personne résultant de son activité commerciale par la cession d'une chose qui ne lui appartient pas (art. 105 KIND-en plus, le navire est en tout cas gage des créanciers maritimes pour les dettes de l'armateur résultant de l'exploitation-art. 106 du Code – sur ce dispositif, introduisant une responsabilité *intuitu rei*, non personnelle du propriétaire du navire avec exclusion de l'application de l'art. 479 sur la responsabilité du cessionnaire d'entreprise ou de patrimoine, régime qui ouvre la voie à des efforts de contournement, v. A. Kiantou-Pambouki, op. cit., 3e éd., p. 150 suiv.). Alternativement à ce dispositif de restriction de responsabilité par « cession » du navire aux créanciers, le KIND prévoit – au choix du propriétaire du navire- la possibilité de restriction de sa responsabilité pour les créances en cause par l'offre aux créanciers d'une somme correspondant à un pourcentage de la valeur du navire (art. 86 du Code – en cas de « cession » du navire par l'armateur, le propriétaire du navire peut éviter la perte de ce dernier en offrant aux créanciers la somme prévue dans l'art. 86). V. sur ce dispositif de restriction de responsabilité en droit maritime grec v. (en grec) L. Georgakopoulos « Droit maritime », éd. P. N. Sakkoula, 2006, p. 132 suiv., A. Kiantou-Pambouki « Droit maritime », L. Athanassiou « La problématique de la restriction totale de la responsabilité pour les créances maritimes », éd. Ant. N. Sakkoula 2005.

<sup>1184</sup> La Convention prévoit que le propriétaire et l'armateur (entre autres personnes impliquées dans l'activité maritime)

peuvent restreindre leur responsabilité soit par la constitution d'un fonds spécial correspondant au plafond et destiné aux créanciers maritimes (dispositif qu'on pourrait qualifier de patrimoine d'affectation), soit par leur responsabilité avec l'ensemble de leurs biens mais seulement dans les limites du plafond de responsabilité. La restriction de la responsabilité cesse si les créanciers prouvent que le dommage est dû à la faute du responsable (faute intentionnelle ou indifférence en connaissance de cause de la survenance possible du dommage) –v. sur cette limitation de la restriction de la responsabilité, son application dans le cadre des personnes morales, en cas de délégation de pouvoirs à une personne et en cas de gestion du navire par un tiers L. Athanassiou, op. cit., p. 314 suiv. La Convention de Londres a été introduite en droit grec en 1991, sans suppression expresse des dispositions du KIND sur la restriction de responsabilité, d'où une « confusion » quant à la relation des deux dispositifs (L. Georgakopoulos, op. cit., p. 152 suiv.) – v. aussi A. Kiantou-Pambouki, op. cit., t. 1., p. 349-351, L. Athanassiou, op. cit., p. 182-186. Selon la doctrine grecque dominante, les

responsabilité maritime a ses limitations et incertitudes, la mise des navires sous forme de sociétés à risques limités (le plus souvent d'ailleurs en Grèce des single-ship companies –v. infra) continue à présenter des avantages comme technique de limitation de responsabilité pour les propriétaires de navires les exploitant personnellement. Pour ce qui concerne les sociétés de personnes, celles-ci peuvent aussi bien en droit français qu'en droit grec isoler les biens apportés à l'entreprise seulement face aux créanciers personnels de l'entrepreneur, à cause de la responsabilité au moins indéfinie des associés pour les dettes sociales (avec l'exception du commanditaire dans les commandites simples). En plus, la mise d'une entreprise essentiellement individuelle sous forme de sociétés de personnes a cet intérêt particulier pour le droit grec que la participation sociale dans une société de personnes personnifiée est impérativement insaisissable (v. supra, Partie I sur la justification fondée sur l'intuitu personae renforcé de ces sociétés), chose qui rend impossible une saisie indirecte des biens apportés à de telles sociétés et donne un motif pour le recours à des montages les utilisant. Mais les bénéfices découlant de la participation sociale –nés ou futurs- sont saisissables, comme d'ailleurs l'est en cas de liquidation de la société la créance de l'associé à l'issue de la procédure ; en plus, la réforme récente du droit des sociétés de personnes avec personnalité morale a introduit un droit du créancier de l'associé de provoquer en cas de saisie infructueuse des autres biens de son débiteur l'exclusion par décision de justice de ce dernier de la société, exclusion équivalant à une liquidation partielle (art. 262 L4072/2012 –v. supra, Partie I), des choses qui constituent autant de restrictions aux effets poursuivis par le montage en cause<sup>1185</sup>. On a vu d'ailleurs parfois des sociétés de personnes dissimulant une entreprise demeurant individuelle et constituées avec la finalité de renforcer le crédit de l'entrepreneur avec la participation de

---

dispositions du KIND « matérielles » sur la restriction de la responsabilité ont été remplacées par celles de la Convention, tandis que celles procédurales sont toujours applicables pour combler des lacunes de la Convention. Sont aussi toujours en vigueur les dispositions du KIND concernant les faits générateurs de responsabilité du propriétaire du navire l'exploitant personnellement (ploioktitis) ou non (kyrios tou ploiou) et de l'armateur (ephoplistis) –v. supra, note précédente. Est débattue aussi en droit grec la question évidemment particulièrement importante du contenu de la notion d' « exploitation » du navire qui est la cause génératrice des dettes pour lesquelles vaut la restriction de responsabilité de la Convention comme exploitation seulement « technique » ou comme aussi exploitation commerciale et économique du navire. Sur les régimes particuliers internationaux de la responsabilité pour certaines catégories particulièrement importantes de dommages maritimes (notamment pollution pétrolière et nucléaire) et leur rapport avec le régime général de restriction de responsabilité v. L. Athanassiou, op. cit., p. 79 suiv., 249 suiv. et ibid, p. 103 suiv. sur la justification de la restriction de la responsabilité maritime et sa contestation.

<sup>1185</sup> V. sur l'insaisissabilité de la participation sociale des sociétés de personnes et ses limites V. Antonopoulos « Droit des sociétés de personnes », p. 122-123 et sur les motifs de l'utilisation de sociétés de personnes simulées K. Karayannis, thèse précitée, p. 580.



personnes se présentant comme associés seulement dans ce but, sans autre volonté de participation sociale<sup>1186</sup>.

A ces raisons historiquement communes aux deux droits sous comparaison, on doit ajouter l'existence de dispositifs d'ordre public économique différents à chacun d'eux concernant la cession de l'entreprise et visant à la protection des créanciers de l'entrepreneur, dispositifs sur lesquels la mise de l'entreprise individuelle sous forme sociale et sa cession indirecte par cession de ses droits sociaux présente sous certains aspects des avantages certains. Ainsi, en droit français, la cession indirecte de l'entreprise par cession de droits sociaux doit être comparée avec le dispositif impératif sur la vente du fonds de commerce (bien que ce dernier n'exprime pas juridiquement la totalité de l'entreprise), avec les formalités et la procédure garantissant la priorité des créanciers du vendeur sur le prix de la cession, mais aussi un privilège du vendeur sur le fonds de commerce pour le prix devant lui être payé à terme opposable aux tiers sous condition de publicité<sup>1187</sup>. En droit

---

<sup>1186</sup> V. ainsi K. Karayannis, *op. cit.*, p. 182.

<sup>1187</sup> V. art. L141-1 suiv. C.com, avec leur dispositif impératif détaillé sur la vente du fonds de commerce, P. Didier (éd. Economica), nos 336 suiv. Sur la définition du fonds de commerce v. *ibid.*, nos 342 suiv.. Le fonds de commerce n'épuise pas l'ensemble de l'entreprise. Ses éléments sont l'enseigne, le contrat de bail (s'il y en a), la clientèle et l'achalandage de l'entreprise ainsi que les autorisations, licences et agréments nécessaires pour l'exploitation et sont aussi normalement inclus le matériel, les marchandises et les droits de propriété intellectuelle. Parmi ces éléments, c'est la clientèle qui selon la jurisprudence française définit le fonds de commerce. Sont impérativement exclus de la notion de fonds de commerce les immeubles, le passif, les créances et en principe les contrats conclus par l'entrepreneur pour l'exercice de son activité—les contrats avec les fournisseurs et les distributeurs, les contrats d'entreprise etc. ; par contre, sauf le bail, sont transmis avec le fonds ex lege les contrats de travail (L1224-1 C. du trav.) et les contrats d'assurance. Le fonds de commerce est juridiquement une universalité de fait (à savoir purement active, sans passif) et en même temps un bien meuble incorporel, pouvant être cédé et nanti par acte unique. Sur le privilège du vendeur v. art. L141-5 suiv. C.com., P. Didier nos 388 suiv.. La vente du fonds du commerce est soumise à un formalisme visant à la protection de l'acheteur (L141 à L141-4 sur l'acte constatant la cession, ses éléments nécessaires et la garantie en découlant), mais aussi à une procédure de publicités et d'oppositions visant à permettre la satisfaction prioritaire sur le prix de la vente de tous les créanciers du vendeur (L141-12 suiv. sur la procédure de publicité et d'oppositions des créanciers). Cette dernière procédure est à la charge de l'acquéreur, qui demeure tenu à l'égard des tiers s'il a payé le prix au vendeur sans la respecter (L141-17). La procédure en cause peut aboutir même à la perte forcée du fonds par l'acquéreur en cas d'insuffisance du prix convenu pour désintéresser les créanciers annoncés, s'il y a surenchère du sixième sur le prix de la vente par un des créanciers (L141-19), dans le but évident de protéger les créanciers du vendeur face à des ventes à des prix particulièrement bas ou frauduleuses. La cession d'un bloc de contrôle d'une société permet ainsi d'isoler la cession de l'entreprise par rapport aux créanciers personnels du cédant et de faire gagner du temps et échapper à ces formalités et procédures avec les risques en découlant pour le cessionnaire. Mais d'autre part, la société avec sa personnalité morale continue de traîner avec elle les dettes de l'exploitation conclues à son nom, tandis que le cessionnaire du fonds est en principe libre à l'égard des dettes de l'exploitation antérieures à la cession une fois le prix de la cession payé. Le passif de la société est bien sûr pris en compte pour la détermination du prix de la cession du bloc de contrôle, il demeure toutefois le problème de l'apparition après la cession du contrôle de la société

grec, la comparaison doit être effectuée avec la cession d'entreprise – à titre onéreux ou à titre gratuit- qui signifie, selon l'art. 479 AK (ayant comme modèle l'ancien art. 419 du BGB allemand), naissance d'une responsabilité solidaire entre le cédant et le cessionnaire – dans le cas de ce dernier jusqu'à la valeur des éléments de l'entreprise cédée – à l'égard des créanciers personnels du premier pour ses dettes nées dans l'activité de l'entreprise ; il s'agit d'une disposition qui tient compte de la réalité de l'entreprise comme entité économique mais qui fait l'objet de vives critiques d'une partie de la doctrine grecque comme introduisant un régime de surprotection des créanciers du cédant et des charges excessives pour le cessionnaire de l'entreprise<sup>1188</sup>. On doit aussi ajouter que la mise de

---

d'un passif inconnu au moment de la cession (v. infra sur les clauses de garantie du passif). Dans le cadre de la cession du fonds de commerce, il y a application du régime de la garantie des vices cachés du bien vendu (art. 1641 suiv. C. civ.) pour toute mention inexacte du vendeur dans l'écrit constatant la cession et décrivant la consistance et la valeur du fonds (L141-3 C.com. –disposition expressément d'ordre public), tandis qu'en cas de cession de contrôle d'une société un tel dispositif de mentions obligatoires et de leur garantie impérative n'existe pas pour ce qui concerne l'entreprise cédée (v. infra sur la cession du contrôle d'une société et sa relation avec l'entreprise sous-jacente et sa valeur). La cession du fonds de commerce engendre une obligation de non-concurrence ex lege sur le fondement de l'obligation de délivrance du vendeur pour le bien vendu, tandis que la cession d'un bloc de contrôle d'une société n'engendre pas une telle obligation, d'où le besoin d'introduire des clauses expresses de non-concurrence (v. infra).

1188 Sur l'art. 479 AK, son caractère d'ordre public et les débats sur le bien-fondé de la disposition v. les manuels de droit des obligations de Ap. Georgiadis, p. 445 suiv., Ast. Georgiadis, t. II, p. 233 suiv., M. Stathopoulos, p. 643 suiv.. Sur l'entreprise et sa cession v. (en grec) E. Perakis « Droit commercial général », p. 366 suiv., G. Archaniotakis « Transmission de patrimoine ou d'entreprise », éd. Sakkoula, 1997, A. Valtoudis « Vente d'entreprise », éd. Sakkoula, 2005, E. Karamanakou « Problèmes juridiques du rachat d'une entreprise par ses dirigeants (Management Buy-out) », Nomiki Vivliothiki, 2007, P. Panagiotou « La transmission de l'entreprise et la responsabilité pour ses dettes », Nomiki Vivliothiki 2011. L'art. 479 s'applique en cas de cession d'entreprise ou de «patrimoine» (perioucia – non au sens du droit français mais au sens de l'ensemble des biens d'une personne à un moment donné). Le cessionnaire a un droit de recours contre le cédant pour l'intégralité des sommes payées aux créanciers de ce dernier. Son application est désormais exclue par le nouveau Code grec des faillites pour les cessions d'entreprises effectuées dans le cadre de la procédure de faillite. L'entreprise –qui peut être commerciale ou civile- est définie par la doctrine grecque comme un ensemble de choses, de droits, de situations et relations réelles formant une unité économique organisée autour de la personne de l'exploitant- v. supra Partie I ; il s'agit par conséquent d'une notion plus inclusive que le fonds de commerce du droit français- mais l'entreprise n'est pas pour le droit grec un bien unique. L'entreprise qui fonctionne est quelque chose dépassant les éléments la formant, avec l'existence d'une organisation, d'une dynamique propre, l'acquisition d'une clientèle et d'une réputation, et elle a de la sorte une plus-value par rapport à ses éléments (v. E. Perakis, op. cit., p. 367 sur les efforts d'exprimer ce "surplus" de l'entreprise sur ses éléments). Pour ce qui concerne la comparaison de la cession d'entreprise avec la cession du bloc de contrôle d'une société, notamment à risques limités, on doit remarquer que bien sûr la société à risques limités traîne avec elle ses dettes même en cas de cession de contrôle et ces dettes sont prises en compte dans la détermination de la valeur du bloc de contrôle de la société cédée. Toutefois, dans le cas de l'art. 479, il n'est pas sûr si l'introduction de la responsabilité du cessionnaire pour les dettes du cédant nées à cause de l'entreprise jusqu'à la valeur des éléments de l'entreprise cédée signifie seulement responsabilité sur les biens de l'entreprise ou responsabilité sur l'ensemble de son patrimoine pour la valeur de l'entreprise au moment de la cession, les deux opinions étant soutenues dans la doctrine et la jurisprudence. La seconde opinion, qui semble plutôt prévalente, crée une situation très désavantageuse pour le cessionnaire par rapport à la cession d'un

l'entreprise sous forme sociétaire a en plus l'avantage de permettre la transmission de son contrôle *uno actu*, par la cession d'un bloc de contrôle de droits sociaux (« *share deal* » au lieu du « *asset deal* », selon la terminologie anglo-saxonne), chose qui n'est pas possible pour la cession de l'entreprise individuelle dans aucun des deux droits sous comparaison, cette cession passant nécessairement par une multiplicité d'actes suivant les différents biens qui constituent l'entreprise. Il est toutefois vrai que des différences entre les droits des obligations et des biens français et grec influencent les régimes de chacun d'eux pour ce qui concerne la cession du contrôle de l'entreprise par cession des droits sociaux de la société l'exprimant juridiquement ou cession de l'entreprise individuelle elle-même, comme c'est aussi le cas avec la différence des notions de fonds de commerce du droit français et d'entreprise du droit grec. On peut ainsi relever notamment comme différences de ces régimes d'une part la cession *uno actu* du fonds de commerce en droit français, mais sans

---

bloc de contrôle d'une entreprise en société à risques limités, car le cessionnaire dans ce dernier cas n'encourt pas un risque sur son patrimoine personnel pour la détérioration éventuelle de l'actif social à la suite de la cession (v. pourtant *infra* sur le risque de dévaluation de la société à la suite de la découverte d'un passif insoupçonné et le besoin de recours à des clauses de garantie du passif, comme en droit français). De la sorte, même si l'art. 479 AK introduit une responsabilité solidaire entre cédant et cessionnaire seulement pour les dettes du cédant nées de l'activité de l'entreprise et jusqu'à la valeur de cette dernière, le dispositif en cause présente des désavantages certains pour le cédant (il demeure tenu personnellement des dettes de l'entreprise malgré la cession) et le cessionnaire (il encourt le danger de se voir imposer le risque de détérioration de la valeur de l'entreprise et d'être tenu sur l'ensemble de ses biens), si on le compare avec la cession d'un bloc de contrôle d'une société à risques limités. On soutient toutefois qu'il y a application de l'art. 479 AK en cas de cession d'un bloc de droits sociaux pour les dettes personnelles du cédant, si ce bloc est l'élément patrimonial unique ou essentiel de ce dernier- mais dans ce cas il y a pour l'application de l'art. 479 AK besoin de connaissance de ce fait par le cessionnaire. Les obligations *ex lege* du cédant d'une entreprise résultant de l'application du principe général du droit grec de bonne foi (288 AK) sont d'ailleurs plus lourdes que celles du cédant d'un bloc de contrôle, le premier étant obligé de faire tout son possible pour que le cessionnaire devienne réellement son successeur dans l'entreprise (divulgaration des secrets de l'entreprise, partage des méthodes d'organisation, information sur la clientèle et présentation à celle-ci, obligation de non-concurrence – v. *infra* sur ce dernier aspect dans la cession d'un bloc de contrôle). La doctrine dominante accepte une garantie du vendeur de l'entreprise pour les défauts dans la consistance des éléments déterminant la valeur de cette dernière, au titre de la garantie des vices cachés de l'AK (art. 534 *suiv.*) – mais elle tend aussi à accepter une pareille responsabilité dans le cas de la cession d'un bloc de contrôle (v. E. Perakis, *op. cit.*, p. 376, 378) – v. *infra*, à l'occasion des développements sur la cession de contrôle. Il est aussi à noter que la cession avec l'entreprise d'une autorisation administrative donnée à un entrepreneur individuel n'est pas en principe possible pour le droit grec (il y a besoin d'une nouvelle autorisation au profit du cessionnaire, l'émission de cette autorisation étant érigée le plus souvent en condition suspensive de la cession de l'entreprise – v. E. Perakis, *op. cit.*, p. 375), mais la cession du bloc de contrôle d'une société bénéficiaire d'une telle autorisation ne pose pas en principe de problème – une telle cession se fait sans problèmes de ce point de vue, sauf disposition contraire spéciale ou volonté de fraude. Bien que l'art. 479 soit réputé d'ordre public, la dispensation du cessionnaire de sa responsabilité par contrat avec les créanciers du cédant est reconnue sans problème. Pour ce qui concerne le contrôle économique, financier, comptable et juridique de l'entreprise préalable à la cession (due diligence), il y a une homogénéisation de la pratique, indépendamment du caractère de la cession comme « *asset deal* » ou « *share deal* » - mais dans ce dernier cas il y a toujours aussi contrôle de l'existence, de la situation juridique et des comptes de la société ainsi que du régime de la cession des actions.

les autres éléments formant éventuellement l'entreprise (v. supra), la possibilité d'unicité de l'acte de création d'obligation (p. ex. vente, donation, apport en société) pour la cession de l'entreprise individuelle en droit grec, avec pourtant impérativement pluralité des actes de disposition exécutant cet acte de création d'obligations, un pour chaque bien de l'entreprise, suivant la forme exigée et le caractère causé ou abstrait de la cession de ce bien (v. supra, Partie I, Titre I sur le sens de la distinction entre actes de création d'obligation et actes de disposition en droit grec et la relation de cette distinction avec celle entre actes causés et actes abstraits) ; d'autre part, on doit mentionner la cession *uno actu* et causée des droits sociaux en droit français, la séparation entre acte créateur d'obligation –notamment vente– et acte de disposition abstrait l'exécutant dans la cession d'un bloc de contrôle en droit grec (v. d'ailleurs supra Partie I plus particulièrement sur les modalités de cession des droits sociaux pour chaque type social et notamment pour la cession d'actions dans les deux droits sous comparaison)<sup>1189</sup>. La cession indirecte de l'entreprise par la cession d'un bloc

---

1189 V. ci-dessus sur l'exclusion en droit français du fonds de commerce des immeubles et des contrats de l'entreprise, sauf le bail commercial, les contrats de travail et d'assurance. La cession de l'immeuble de l'exploitation nécessite ainsi un acte séparé de la cession du fonds, la cession ayant lieu de plein droit entre les parties avec la conclusion du contrat, avec toutefois obligation de rédaction d'une forme notariée et de publicité pour son opposabilité aux tiers. Des actes séparés sont nécessaires aussi pour la cession des créances et des contrats *intuitu personae* conclus par le cédant pour l'entreprise, dans ce dernier cas avec besoin de consentement du tiers cocontractant pour leur transfert au cessionnaire. D'autre part, on admet que pour certains contrats conclus avec une société la cession du contrôle de cette dernière peut aboutir à leur résiliation (contrats «*intuitu societatis*»). Pour ce qui concerne d'autres actes juridiques sur le fonds de commerce –location-gérance, constitution d'usufruit ou de nantissement– v. P. Didier, op. cit., nos 408 suiv. En droit grec, on admet que l'acte de création d'obligations de la cession de l'entreprise (notamment le contrat de vente) peut être un acte unique, consensuel en théorie (bien que dans la pratique il y ait toujours un écrit), mais qu'il y a besoin d'opérer des actes de disposition distincts pour chacun des biens formant l'entreprise, parce que l'entreprise n'est pas un bien unique, pluralité d'actes suivant le principe de spécialité du droit grec des choses et selon les exigences légales pour chaque catégorie de biens (notamment forme notariée solennelle et publicité de la cession d'immeuble, l'acte de disposition de ce dernier étant causé et dépendant de la validité de l'acte de création d'obligations de la cession –p. ex. vente, apport en société, donation de l'entreprise). Pour ce qui concerne les contrats permettant à l'entreprise de fonctionner, ces contrats, comme en droit français, ne sont pas en principe transmis avec l'entreprise individuelle, sauf les contrats de travail, avec la particularité qu'en plus la cession du bail commercial n'est pas de droit, mais elle peut exiger le consentement du bailleur, que le vendeur devant l'obtenir (E. Perakis, op. cit., p. 375-376). Le caractère *uno actu* concerne en droit grec la transmission du contrôle de l'entreprise par l'acte de disposition du bloc de contrôle en actions ou parts sociales – pour le reste le dualisme entre acte de création d'obligation et acte de disposition demeure en droit grec dans le cadre d'une telle cession, bien que l'acte de disposition soit dans ce cas abstrait, autrement dit en principe indépendant des vices de l'acte créateur d'obligations (vente, donation, etc.), ces vices ouvrant seulement au profit du cédant l'action avec effet relatif de l'enrichissement sans cause (art. 904 suiv. AK). Mais il y a la différence avec la cession de l'entreprise individuelle que cette dernière peut nécessiter des actes de disposition causés (notamment de droits réels sur immeubles), avec en plus l'avantage en cas la cession du contrôle par le biais de cession d'actions matérialisées (du moins pour celles au porteur) de la possibilité d'acquisition *a non domino* par le

de contrôle de droits sociaux d'une société de capitaux est d'ailleurs traditionnellement traitée fiscalement d'une manière plus favorable que la cession de l'entreprise individuelle par le droit français et le droit grec, comme c'est aussi le cas avec l'imposition du résultat de l'exploitation (v. supra, Partie I, Titre I, sur le régime fiscale des sociétés et de la cession de leurs droits sociaux dans les deux droits sous comparaison par rapport au régime fiscal de l'entreprise individuelle) ; d'où le problème pour chacun des deux droits sous comparaison de la délimitation de la mise d'une entreprise individuelle sous forme de société qui serait acceptable par le droit par rapport à celle constitutive de fraude fiscale (v. infra)1190. En tout cas, la jurisprudence française a refusé d'accepter la prétension de l'administration fiscale qui, sur le fondement de la conception de l' « autonomie » du droit fiscal, assimilait ipso facto pour le calcul des droits d'enregistrement la cession d'une entreprise par la cession massive d'actions à une cession de fonds de commerce, en taxant ainsi plus lourdement l'opération (v. supra, Partie I sur la question de l'autonomie du droit fiscal par rapport au droit des sociétés et le débat autour de la cession de l'entreprise par le biais de cession d'un bloc de contrôle pour le droit fiscal). Il est aussi à noter que la réforme récente du droit fiscal grec en 2013 a fait disparaître largement pour ce qui concerne l'imposition des bénéficiaires les avantages fiscaux de la mise d'une entreprise individuelle sous la forme

---

tiers de bonne foi le garantissant face aux vices atteignant l'acte de disposition lui-même (p.ex. incapacité du cédant, immoralité du contrat selon l'art. 179 AK) par le biais duquel son ayant cause a acquis ses droits sur ces actions. La cession de l'entreprise par cession de parts sociales est en droit grec un acte abstrait, mais il n'y a pas de possibilité d'acquisition a non domino. Pour ce qui concerne les contrats de travail, ils sont selon des dispositions expresses, comme en droit français, de plein droit et impérativement transférés au cessionnaire de l'entreprise indépendamment de la forme juridique de la cession (initialement décret présidentiel 572/1988 et désormais 178/2002), le rapprochement des deux droits en la matière étant le résultat de l'harmonisation communautaire (directives 77/87 CEE, 98/50 CE. Il est à noter que la doctrine et la jurisprudence grecques acceptent une possibilité de cession de l'organisation et de la clientèle sans les autres éléments formant l'entreprise, une telle cession étant réputée ne pas constituer cession d'entreprise (v. E. Perakis, op. cit., p. 377) ; mais une telle attitude ne semble pas conforme au caractère de l'organisation et de la clientèle comme éléments essentiels de l'entreprise et en plus elle peut dans certains cas faire acceptables des efforts de contournement de l'art. 479 AK. Pour ce qui concerne d'autres actes juridiques sur l'entreprise v. E. Perakis, op. cit. p. 380 suiv. (est possible la location de l'entreprise uno actu, mais non la constitution par acte unique d'usufruit ou de nantissement sur l'entreprise, parce que cette dernière n'est pas en droit grec un bien unique, la saisie de l'entreprise et sa vente aux enchères comme telle n'est pas possible, il y a pourtant possibilité d'être mise sous gestion forcée dans l'intérêt des créanciers -art. 1022 Code proc. civ. grec-, en cas de partage d'une entreprise industrielle ou commerciale en indivision le tribunal peut ordonner son attribution à l'un des indivisaires à sa demande sans le consentement des autres, avec paiement par le bénéficiaire de la valeur marchande de l'entreprise –art. 483 du même Code).

1190 Sur les avantages de l'entreprise en société sur l'entreprise individuelle de point de vue fiscale en droit français v. M. Cozian - A. Viandier - Fl. Deboissy, nos 23 suiv. Sur les avantages fiscaux de la cession d'une entreprise par le biais de la cession d'un bloc de contrôle sur la cession directe de celle-ci en droit grec v. E. Perakis, op. cit., p. 379, E. Karamanaku, op. cit., p. 44.

de société sur l'exploitation personnelle de la même entreprise, du moins si l'entreprise n'a pas de besoins importants de capitalisation restreignant décisivement les bénéfices pouvant être distribués (imposition dans le premier cas des bénéfices de la société avec un taux de vingt six pour cent et avec en plus une retenue à la source de dix pour cent pour les bénéfices distribués –art. 58 L4172/2013, imposition dans le second cas des bénéfices jusqu'à la somme de 50.000 euros avec un taux de vingt six pour cent et pour les sommes supérieures à ce seuil avec un taux de trente trois pour cent –art. 29 L4172/2013) ; la même réforme a aussi imposé la neutralité fiscale pour ce qui concerne le taux de taxation des plus-values résultant de la cession de l'entreprise soit directement soit indirectement, par la cession des droits sociaux de toute forme sociale (art. 42 L4172/2012, prévoyant pour tous ces cas un taux d'imposition de quinze pour cent des plus-values du cédant) ; mais le fondement pour le calcul des plus-values est donné dans le cas des droits sociaux par les capitaux propres de la société, chose qui dans certains cas peut être favorable par rapport à la cession de l'entreprise elle-même pour ce qui concerne le calcul des plus-values.

A ces raisons « classiques » de la mise d'une entreprise demeurant essentiellement individuelle sous forme sociétaire, dont certains sont déjà peut-être assez douteuses, on doit ajouter d'autres raisons plus louches : il s'agit d'abord de la volonté éventuelle de l'entrepreneur individuel de cacher ou du moins de diluer sa présence pour plusieurs raisons (incompatibilités, déchéances, argent de provenance suspecte ou socialement condamnable) ou la volonté d'organiser une fraude, aux droits de ses créanciers personnels ou aux droits de ses héritiers réservataires ou aux titulaires à son égard de droits d'aliments<sup>1191</sup>. La mise d'une entreprise individuelle sous forme de société peut aussi viser à dissimuler une autre relation juridique relative à l'exploitation, p. ex. contrat de travail, les salariés de l'entreprise individuelle étant présentés comme associés, ou une cession prohibée par la loi de l'autorisation administrative pour une activité, si son apport à une société est par contre acceptable – dans ces cas la société constituée n'étant qu'une apparence frauduleuse. On a aussi rencontré en France des cas de mise d'une entreprise individuelle sous forme sociétaire comme une parade de l'entrepreneur individuel pour échapper à sa responsabilité personnelle pour les dettes de son entreprise échouée, par le biais de la reprise par la société constituée des dettes nées dans sa période de formation (v. supra Partie I sur les régimes des deux droits sous comparaison en matière des sociétés en

---

<sup>1191</sup> Plus généralement sur des cas de sociétés artificielles utilisées dans un but de fraude v. A. Martin-Serf, art. précité sur les sociétés fictives et frauduleuses, nos 52 suiv., K. Karayannis, thèse précitée, p. 579 suiv. Pour un exemple tiré de la jurisprudence grecque sur une telle mise d'une entreprise individuelle sous forme de société de personnes v. l'affaire jugée par Areios Pagos 1122/1975, Nom. V. 1976, p. 422, et infra sur la présentation de cette affaire. .

formation et de la reprise des dettes de la période de formation par la société immatriculée avec acte unilatéral de ce dernier et exonération des fondateurs) ; il est entendu que dans ce dernier cas de figure la société logeant l'entreprise individuelle ne peut pas faire face aux dettes nées par l'activité de cette dernière et qu'il n'y a eu jamais volonté sérieuse de constitution d'une société fonctionnant normalement<sup>1192</sup>. On a rencontré aussi en France le montage de l'effort de mise d'une entreprise essentiellement individuelle sous forme de société dans le but poursuivi par le maître de l'affaire de faire échapper son entreprise aux conséquences d'une procédure collective<sup>1193</sup>. Il est d'ailleurs vrai que ces derniers montages dépassent le champ de l'instrumentalisation d'une société pour loger une entreprise individuelle selon un calcul des avantages que présente d'un point juridique et économique l'exploitation de l'entreprise sous forme de société sur l'exercice de l'activité au nom du maître de l'affaire et entrent dans le domaine de l'instrumentalisation des sociétés à des buts avant tout frauduleux, à la loi ou aux droits de personnes déterminées (salariés de l'entreprise, créanciers personnels du maître de l'affaire, héritiers réservataires). De la sorte, on pourrait considérer que de telles sociétés sont de simples instruments de fraude (v. infra Titre II sur les sociétés frauduleuses), même si par ailleurs elles sont utilisées pour cacher une entreprise individuelle.

### **Les modalités d'application du montage en cause**

La modalité traditionnelle de la mise d'une entreprise demeurant essentiellement individuelle sous forme sociétaire est bien sûr pour l'entrepreneur individuel de trouver des hommes de paille voulant participer comme associés ou actionnaires, mais agissant seulement pour le compte du maître de l'affaire (qui d'ailleurs finance leurs apports), sans volonté réelle de participer à la société pour leur propre intérêt comme associés égaux même minoritaires. Le plus souvent l'homme de paille est une personne de la famille du maître de l'affaire ou une personne se trouvant à la dépendance de ce dernier<sup>1194</sup>. Dans la pratique française, est assez répandue l'utilisation de la technique de la signature par l'homme de paille d'un écrit de cession de ses droits sociaux en blanc au profit du maître de l'affaire, de sorte que le premier est pratiquement à la merci du second, qui peut l'expulser de la société au moindre signe d'indépendance. Le droit français reconnaît en principe et

---

1192 V. J.-Ph. Dom, thèse précitée, no 111, sur de tels cas de reprise frauduleuse des dettes de la période de formation et supra Partie I de notre étude sur les dispositifs de reprise par acte unilatéral dans les deux droits sous comparaison avec exonération des fondateurs.

<sup>1193</sup> V. ainsi pour un tel cas CA Paris 29 sept. 1995, Bull. Joly soc. 1995, p. 1080, note C. Prieto.

1194 V. sur l'ensemble de la question M. Cozian - A. Vandier - Fl. Deboissy, op. cit., nos 1081 suiv.

sous conditions la validité des cessions en blanc elles-mêmes, mais leur existence peut créer problème pour la validité de la société (v. infra)<sup>1195</sup>. Comme nous avons vu dans la Partie I, une technique utilisée en droit grec était la constitution d'une société anonyme (AE) par le maître de l'affaire et ses hommes de paille, suivie par le rachat des actions de ces derniers par le premier, opération permise par la consolidation depuis longtemps en droit grec – plus largement qu'en droit français- des sociétés anonymes devenues unipersonnelles au cours de leur fonctionnement. On voit aussi dans la réalité grecque des sociétés de capitaux dites quasi-unipersonnelles, à savoir des sociétés dominées par un de leurs actionnaires ou associés à un tel degré que les droits de minorité les plus importants soient essentiellement anéantis ; le plus souvent ces sociétés dissimulent une entreprise individuelle, les participations des ultra-minoritaires étant soit simulées au sens strict, soit effectuées pour le compte du maître de l'affaire<sup>1196</sup>. Ce phénomène d'entreprises essentiellement individuelles se couvrant sous la forme juridique de sociétés de capitaux, à savoir de sociétés anonymes, à responsabilité limitée ou maritimes (v. Partie I sur cette forme sociale du droit grec), le plus souvent unipersonnelles ou quasi-unipersonnelles, est répandu en Grèce notamment dans le secteur maritime, en combinaison avec le phénomène des sociétés off-shore ayant pourtant leur siège réel en Grèce (v. ci-dessous Section II de ce Chapitre pour ce qui concerne le montage de dissociation du siège statutaire et du siège réel) et avec celui des single-ship companies (v. infra, Titre II de cette Partie pour les groupes avec plusieurs sociétés à navire unique)<sup>1197</sup>. Dans la pratique française on a rencontré des cas de création d'une société de capitaux essentiellement unipersonnelle, suivie par la prise en location-gérance par cette société du fonds de l'entrepreneur individuel- maître de l'affaire, dans le but de dissocier l'exercice de l'entreprise (effectué au nom de la société ainsi constituée) de l'actif employé dans cet exercice (le fonds de commerce appartenant à la personne physique de l'entrepreneur) et renforcer de la sorte la limitation de responsabilité de responsabilité, procédé qu'on peut

---

1195 Les cessions de droits sociaux en blanc sont des écrits signés par l'associé- homme de paille qui laisse vide pour le nom du cessionnaire et la date de la cession, l'écrit étant rendu au maître de l'affaire qui peut le compléter à tout moment. La jurisprudence française considère comme valables les cessions en droits sociaux en blanc, en les analysant comme promesses unilatérales de vente sans indication de bénéficiaire, pourvu que le nombre des titres et le prix soient déterminés (ou déterminables, pour ce qui concerne le prix) - v. CA Paris 7 février 2003, RJDA 7/2003, no 128. Toutefois, l'existence de cessions de droits sociaux en blanc peut dans certains cas démontrer l'inexistence d'affectio societatis et la fictivité de la société (v. infra). V. M. Cozian -A. Viandier - Fl. Deboissy, op. cit., no 1081.

<sup>1196</sup> Sur les sociétés quasi-unipersonnelles v. la monographie précitée de K. Rigas sur la levée de la personnalité morale, p. 40.

<sup>1197</sup> V. sur la question des sociétés de capitaux unipersonnelles et quasi-unipersonnelles dans le secteur maritime et les problèmes en découlant K. Rigas, monographie précitée, p. 71 suiv.



caractériser comme version plus poussée du montage que nous étudions<sup>1198</sup>. Est aussi imaginable en droit grec le montage du recours à une combinaison d'une société anonyme comme forme juridique de l'entreprise individuelle avec une société en nom collectif formée par le maître de l'affaire et des hommes de paille, cette société en nom possédant l'essentiel des actions, dans le but d'un double cloisonnement des biens du maître de l'affaire, d'abord par le biais de l'AE face aux créanciers de l'entreprise, ensuite face à ses créanciers personnels, la participation sociale dans une société de personnes étant en droit grec insaisissable (v. supra sur cet aspect)<sup>1199</sup>. On a aussi vu des cas dans lesquels le maître de l'affaire n'est pas même associé de la société essentiellement individuelle, les associés apparents étant tous des hommes de paille<sup>1200</sup>. On a aussi rencontré en France le cas d'une seule entreprise individuelle exercée par le biais de plusieurs sociétés essentiellement unipersonnelles du même maître de l'affaire, version qui toutefois se rapproche plutôt de la problématique du groupe de sociétés, comme c'est le cas avec les entreprises maritimes individuelles exercée en Grèce par plusieurs single-ship companies<sup>1201</sup>.

### **Qualification de montage et appréciation**

La mise d'une entreprise demeurant essentiellement individuelle est un montage tel que nous les avons définis (v. notamment notre Introduction). L'entrepreneur individuel qui met son entreprise sous forme sociétaire ayant recours à des hommes de paille instrumentalise les règles impératives permettant la constitution d'une société – notamment avec risque limité – dans un but dérogeant à celui typique et traditionnel de la loi aussi bien en France qu'en Grèce, à savoir l'organisation sous forme sociétaire d'une entreprise privée en commun, avec participation de plusieurs personnes dans une communauté de risques, de résultats et de décisions. Il organise ainsi une dissociation de l'apparence et de la réalité pour ce qui concerne son entreprise. Pour le dire autrement, le maître de l'affaire instrumentalise l'utilisation des règles impératives dont le respect aboutit à la création d'une société personnifiée à risques limités (v. supra Partie I sur les règles impératives concernant

---

1198 V. pour un pareil cas Cass. Com. 13 oct. 1998 Bul. Joly L 990, p. 58, note Ph. Serlooten. Sur la location-gérance du fonds de commerce v. P. Didier, op. cit., nos 408 suiv.. Il est pourtant à noter comme limites à l'efficacité de ce montage que le bailleur du fonds peut être obligé par le tribunal de commerce de rembourser immédiatement ses créanciers et il est solidairement tenu avec le locataire-gérant pour les dettes de l'exploitation de ce dernier jusqu'à la publication du contrat de location-gérance et pour les six mois la suivant (L144-6, L144-7 C. com.).

<sup>1199</sup> V. K. Karayannis, op. cit., p. 580.

1200 V. p. ex. C. cass. Ch. com. 3 nov. 1980 Bul. Civ. IV, no 358, A. Martin-Serf, op. cit., no 22, et pour une EURL CA Paris 13 juill. 1993, Bull. Joly 1993, p. 1250, obs. H. Le Nabasque.

1201 V. p. ex. Cass. Com. 8 février 1994, Rev. soc. 1995, p. 100, note A Honorat.

la constitution de telles sociétés dans les deux droits sous comparaison), tout en vidant de sens le contrat de société, notion de base pour la conception traditionnelle de la société et de l'ordre public sociétaire, notamment en France, mais aussi les blocs de règles impératives des deux droits sous comparaison prenant comme fondement l'existence de plusieurs personnes au sein d'une société, notamment de capitaux, avec des intérêts à équilibrer (v. supra Partie I sur ces règles dans les deux droits sous comparaison, notamment pour ce qui concerne la prise de décisions par la collectivité des associés et la protection des minoritaires). Le maître de l'affaire obtient de la sorte de cumuler le contrôle sans partage de son entreprise individuelle avec les avantages de l'entreprise en société, notamment la séparation des patrimoines et la limitation de sa responsabilité née de l'exploitation de son entreprise. D'autres buts de caractère frauduleux ne sont pas bien sûr exclus pour le montage en cause (v. supra). Ce cumul d'avantages doit toutefois être nuancé, car l'entrepreneur mettant en société son entreprise qu'il entend maintenir comme individuelle doit au moins respecter l'autonomie -même relative- de l'entité juridico-économique créée sous forme sociétaire et l'impératif la protégeant, autrement dit les restrictions résultant de la mise d'une entreprise sous forme de société à risques limités, s'il ne veut pas courir un risque sérieux de perdre finalement l'ensemble des avantages escomptés (v. ci-dessous). Il doit ainsi respecter notamment l'ordre comptable de la société, la séparation entre ses biens personnels et les biens de la société et les règles impératives concernant la distribution des bénéfices (v. supra Partie I sur l'ordre public de l'autonomie patrimoniale de la société dans les deux droits sous comparaison). On doit ainsi, comme nous avons suggéré ci-dessus, faire une distinction d'importance cruciale entre sociétés exprimant juridiquement des entreprises essentiellement individuelles et présentant une certaine autonomie surtout patrimoniale mais aussi organisationnelle (au sens du respect des « rites » sociétaires) face à l'entrepreneur, et des telles sociétés ne présentant aucune autonomie face au maître de l'affaire ou dont l'autonomie est défectueuse. Cette distinction a un impact capital pour ce qui concerne l'appréciation du montage en cause, la première catégorie, celle dans laquelle le maître de l'affaire respecte l'impératif du droit des sociétés organisant l'autonomie organisationnelle et surtout patrimoniale de la société, pouvant être tolérée par le droit (v. d'ailleurs Partie I et ci-dessous sur la reconnaissance de types de sociétés unipersonnelles dans les deux droits sous comparaison) ; ce n'est pas le cas pour la seconde catégorie, dans laquelle le maître de l'affaire utilise son entreprise comme sa chose personnelle, les intérêts des tiers, notamment de ceux ayant contracté avec la société, étant dans ce cas mis en danger, car le maître de l'affaire ne respecte pas leur « gage » sur les biens sociaux (v. supra Partie I, Titre I sur le « gage » des créanciers

sociaux), et en plus la légitimité de la séparation des biens apportés à la société face aux créanciers personnels du maître de l'affaire est mise en cause. Mais la réalité peut présenter bien sûr des situations intermédiaires entre ces deux « extrêmes » conceptuels, d'où des délimitations parfois difficiles et le besoin pour des critères plus spécifiques permettant le partage du licite et de l'illicite en la matière. On ne doit pas d'ailleurs confondre le montage d'une entreprise en société demeurant essentiellement individuelle avec l'apport d'une entreprise individuelle déjà existante à une société « normale » -à savoir destinée à être la forme juridique d'une entreprise en commun-, bien que la distinction soit souvent difficile <sup>1202</sup>.

Comme nous avons dit ci-dessus, dans la pratique des deux pays sous comparaison, la France et la Grèce, l'existence d'entreprises essentiellement individuelles sous forme sociétaire, notamment de sociétés de capitaux, est traditionnellement très répandue<sup>1203</sup>. Toutefois, la reconnaissance les dernières décennies par les deux droits sous comparaison de sociétés unipersonnelles (v. supra Partie I, Titre I sur les sociétés unipersonnelles dans les deux droits, notamment l'EURL et la SASU en droit français et la reconnaissance par le droit grec d'EPE, IKE et AE unipersonnelles) et désormais par le droit français de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL) diminue beaucoup l'intérêt du recours au procédé plus compliqué et non exempt de certains risques de la constitution d'une société à risques limités avec des hommes de paille. On peut relever d'ailleurs dans cette reconnaissance des sociétés unipersonnelles par le droit français et le droit grec une victoire de la pratique et des montages, car le législateur a finalement tenu compte de la réalité de la mise sous forme de société d'entreprises individuelles. Il s'agit essentiellement d'une « défaite » de la vision traditionnelle contractualiste de la société, mais aussi de l'ordre public sociétaire découlant des éléments essentiels du contrat de société (v. supra

---

<sup>1202</sup> Il s'agit de l'apport d'un fonds de commerce ou d'une entreprise au sens du droit grec à une société soit dans sa constitution, soit dans le cadre d'une augmentation de capital d'une société déjà existante. Il est à noter que l'apport en société est un cas de transmission d'entreprise selon l'art. 479 AK – il en résulte que la société sera solidairement tenue avec l'apporteur pour les dettes de l'entreprise jusqu'à la valeur des biens de cette dernière au moment de la cession. Pour ce qui concerne l'apport d'un fonds de commerce, le droit français prévoit expressément l'application impérative de son dispositif de publicité et d'opposition des créanciers sur la vente du fonds, avec toutefois la particularité que les autres associés ont le droit après la connaissance du passif de leur coassocié de demander la nullité de la société, sinon cette dernière est tenue solidairement avec lui pour son passif - v. art. L141-21, L141-22 C. com . V. supra sur les modalités de transfert des éléments formant l'entreprise individuelle pour les deux droits sous comparaison, modalités applicables aussi dans le cadre de son apport à une société sous constitution ou existante. Dans le cadre d'un tel apport à une société de capitaux, s'appliquent bien sûr les dispositifs impératifs des deux droits sous comparaison sur les apports en nature à de telles sociétés (v. supra, Partie I).

<sup>1203</sup> M. Cozian - A. Vandier - Fl. Deboissy, op. cit., no 147 , N. Rokas op. cit., p. 571.

Partie I, notamment pour le droit français avec l'exigence traditionnelle de pluralité d'associés et de l'affectio societatis entre eux) et d'une consécration de la vision de la société comme forme juridique de l'entreprise, qui peut être individuelle, sa mise en société étant désormais largement permise. Il s'agit aussi d'un bouleversement de la conception traditionnelle regardant la personnalité morale – et donc les sociétés personnifiées- comme des expressions nécessairement et impérativement de groupements de personnes (v. supra, Partie I, Titre I sur les sociétés comme personnes morales et l'ordre public les concernant) et peut-être d'un aveu d'impuissance face à la très grande instrumentalisation des personnes morales présentée de nos jours. Nous voyons de la sorte à cette occasion que les montages peuvent faire évoluer le droit des sociétés et son ordre public. Toutefois, on ne doit pas oublier que la mise d'une entreprise individuelle sous forme sociétaire - aujourd'hui directement permise dans les deux droits pour la plupart des types de sociétés à risques limités-, va de concert avec l'obligation de l'entrepreneur de respecter les règles du jeu et notamment le minimum d'autonomie de la société ainsi créé. Nous voyons de la sorte que l'ordre public sociétaire maintient un rôle en la matière, non désormais comme ordre public sociétaire protégeant les éléments essentiels du contrat de société, mais comme ordre public protégeant l'autonomie minimum organisationnelle de la société, notamment la séparation patrimoniale de la société et de l'entrepreneur, dans le souci de protéger les intérêts des tiers ayant contracté avec la société. De la sorte, pour ces types sociaux reconnus comme unipersonnels peut constituer un montage illicite la mise de l'entreprise individuelle sous forme sociétaire sans volonté de respect par l'entrepreneur du minimum impératif d'autonomie de la société. D'autre part, malgré ces évolutions, la mise d'une entreprise demeurant essentiellement individuelle par le recours à des hommes de paille peut maintenir dans certains cas son intérêt, toutes les formes sociales françaises et grecques n'étant pas disponibles pour constitution unipersonnelle, notamment pour ce qui concerne les sociétés de personnes, mais aussi les SA françaises, et de la sorte la problématique traditionnelle sur les sociétés essentiellement unipersonnelles maintient dans ses formes sociales sa valeur<sup>1204</sup>.

## **B. Contrôle de licéité du montage en cause par l'ordre public et sanctions**

### **La question de la validité de la société essentiellement individuelle vue comme contrat ou acte juridique**

---

<sup>1204</sup> P. ex. dans certains cas où est interdit l'exercice d'une activité à titre individuel et est obligatoire la mise sous forme de société d'un type qui n'est pas susceptible de version unipersonnelle.

Poser la question de la validité d'une société logeant essentiellement une entreprise individuelle c'est retrouver la problématique des sociétés simulées et fictives avec ses difficultés conceptuelles mais aussi avec les différences importantes entre les deux droits sous comparaison.

Une société constituée par un maître de l'affaire et des hommes de paille dans le but de l'exploitation d'une entreprise demeurant individuelle est traditionnellement en droit français –du moins en théorie- nulle comme fictive pour défaut d'affectio societatis, autrement dit pour défaut d'un des éléments essentiels et d'ordre public de la société comme contrat tel que conçu dans la tradition juridique française (v. Partie I, Titre I sur la notion de fictivité en droit français, sa relation avec la simulation et ses effets). Toutefois, comme nous avons vu ci-dessus, la prononciation de la nullité des sociétés logeant essentiellement une entreprise individuelle était devenue très rare dans la jurisprudence française, évolution préfigurant la reconnaissance par le législateur de types sociaux unipersonnels. Ainsi, même quand la jurisprudence française avait à connaître des actions en nullité sur ce fondement, notamment en cas de conflits entre maître de l'affaire et hommes de paille, situation relativement rare, elle était discrète, ne voulant pas s'y immiscer trop dans la sphère privée des associés et l'usage qu'ils font de leur autonomie de la volonté, mais surtout elle ne voulait pas prononcer la nullité et liquider des sociétés logeant des entreprises même individuelles éventuellement prospères. L'utilité socio-économique de l'entreprise prenait ainsi le pas sur la rigueur conceptuelle du droit des sociétés et la conception traditionnelle de la société et de son ordre public. La fictivité de la société logeant une entreprise individuelle était de la sorte rarement établie et prononcée, en tout cas sur la base d'un faisceau d'indices faisant preuve d'une anomalie grave dans la structure de la société, notamment l'existence de cessions en blanc de droits sociaux au profit du maître de l'affaire, l'absence de vie sociale intérieure et de respect des « rites » impératives de cette vie, mais surtout la confusion de patrimoines entre le maître de l'affaire et la société. La possession de la quasi-totalité du capital social par une seule personne et l'existence de liens familiaux entre celui-ci et les autres associés ne suffisaient pas pour établir le caractère unipersonnel de la société et sa fictivité<sup>1205</sup>. Le maître de l'affaire essentiellement entrepreneur individuel ayant mis son entreprise sous forme sociétaire avait

---

<sup>1205</sup> Sur la nullité des sociétés logeant essentiellement une entreprise individuelle d'un maître de l'affaire v. p. ex. C. cass. Ch. Com. 23 janvier 1963, Bul. civ. III, no 57, 3 oct. 1989. Dr. soc. 1989 com. 363 et plus généralement A. Martin - Serf « Sociétés fictives et frauduleuses », op. cit., no 16 suiv., M. Cozian - A. Viandier - Fl. Deboissy, op. cit. no 247 sur l'application de la prescription triennale pour la nullité par fictivité, v. C. cass. 1ère Ch. Civile 20 nov. 2001, JCP E 2001, 225 note A. Viandier.

de la sorte de bonnes chances de préserver sa société du risque de nullité s'il respectait un minimum de règles impératives du droit de sociétés, notamment celles établissant l'autonomie juridique et patrimoniale de la société, l'intérêt étant ainsi déplacé de l'ordre public sociétaire visant à protéger des éléments essentiels du contrat de société à l'ordre public visant à protéger l'autonomie relative de la société face aux associés (pratiquement au maître de l'affaire). Il demeure toutefois que la prononciation de la nullité de la société unipersonnelle se faisait toujours en droit français sur un fondement de conception contractualiste de la société, de défaut d'un élément essentiel du contrat de société, à savoir l'affectio societatis, et qu'il y a toujours le risque de caractérisation de la société comme fictive dans les types sociaux pour lesquels il n'y a pas possibilité de constitution unipersonnelle (dont la SA), même si l'autonomie patrimoniale et organisationnelle de la société est pour le reste respectée ; c'est notamment le cas de la fictivité retenue sur le fondement de l'indice d'existence de cessions en blanc des droits sociaux des hommes de paille au profit du maître de l'affaire, ce fondement relevant toujours d'une conception purement contractuelle de la société et du noyau de son ordre public. Mais il est d'autre part vrai que pratiquement l'essentiel du différend de la nullité des sociétés pour fictivité s'est déplacé en droit français des sociétés exprimant juridiquement une entreprise individuelle vers les sociétés fictives patrimoniales, appartenant à des groupes de sociétés ou frauduleuses (v. infra, Titre II)<sup>1206</sup>. En tout cas, la société essentiellement unipersonnelle logeant une entreprise individuelle du maître de l'affaire et jugée fictive est, suivant le régime plus général des sociétés fictives, nulle et non inexistante, selon la nullité du droit des sociétés opérant comme dissolution de la société suivie de liquidation (v. supra Partie I sur le régime français des nullités du droit des sociétés et ses différences avec le droit commun et le débat sur la société fictive comme inexistante ou nulle, aujourd'hui clos au profit de la thèse de la nullité). L'action en déclaration de simulation d'une société logeant d'une manière défectueuse une entreprise individuelle de sorte qu'elle puisse être caractérisée fictive permet en plus aux créanciers d'atteindre la réalité derrière l'apparence sociale, résultat qui les intéresse davantage que la prononciation de la nullité, avec toutefois

---

<sup>1206</sup> V. p. ex. C. Cass. 16 juin 1992, D 1993 p. 508 note L. Collet (SCI fictive), CA Paris 28 oct. 1999, Bul. Joly p. 219, note J.-Ph. Dom (fictivité d'une société de façade, sans activité, avec reconnaissance de l'action en déclaration de simulation au profit du créancier) et avec plus de détails infra Titre II de la Partie II de notre étude. Il est à noter que dans ces cas l'essentiel des arrêts n'est pas tellement la prononciation de la nullité de la société fictive, mais le refus des juges de retenir la sanction de l'inexistence de la société fictive, en consolidant ainsi les droits des créanciers de cette dernière (fisc ou créanciers personnels). V. dans le même sens Cass. Com. 22 juin 1999, JCP E 2000 p. 181 note Ch. Cutajar (société maritime étrangère fictive filiale d'une autre société étrangère), 3 juin 2008, Bul. Joly 2008, p. 950, note F.-X. Lucas (action en déclaration de simulation d'une société fictive, constituée pour frauder les droits des créanciers personnels des associés).

toujours priorité des créanciers sociaux sur le gage social en cas de conflit d'intérêts entre différentes catégories de créanciers (v. supra, Partie I sur l'action en déclaration de simulation en cas de fictivité d'une société et sa relation débattue avec l'action en nullité de la société fictive). Indépendamment de la question de la nullité du droit de sociétés, en cas de procédure collective contre la société qui est une façade du maître de l'affaire, la fictivité de la société ou la confusion de patrimoines entre celle-ci et le maître de l'affaire sont des raisons d'extension de la procédure à la charge de ce dernier (v. supra, Partie I, Titre I, sur l'extension de la procédure et la question difficile de la distinction entre fictivité et confusion de patrimoines).

En droit grec, les choses sont beaucoup plus compliquées pour ce qui concerne le traitement des sociétés exprimant des entreprises demeurant essentiellement individuelles, à raison du dualisme accentué par rapport au droit français entre sociétés de capitaux et sociétés de personnes. Ainsi, d'une part le danger de la prononciation de la nullité d'une société de capitaux comme essentiellement unipersonnelle était, comme nous avons vu dans la Partie I, minime, en tout cas beaucoup moindre qu'en droit français. D'abord, la notion de simulation d'une société de capitaux était beaucoup plus étroite que celle du droit français, la constitution d'une telle société par un maître de l'affaire et des hommes de paille n'était pas depuis longtemps réputée comme cas de fictivité (simulation) de la société, à la différence des conceptions françaises, mais comme constitution valable par le biais de participations « fiduciaires » effectuées pour le compte du maître de l'affaire sur le fondement de relations contractuelles de mandat entre les parties (les hommes de paille étant mandataires du maître de l'affaire), s'il y avait volonté de mise en place d'une entité avec une certaine autonomie juridico-économique (v. supra Partie I sur cette acceptation de la réalité d'une telle constitution, fondée sur une conception sur le lien entre actionnaires très différente de celle française qui exige en théorie traditionnellement comme élément nécessaire d'ordre public sociétair l'affectio societatis pour tout type social). Etait en plus réputée constitution valable la constitution d'une société anonyme par un maître de l'affaire et des hommes de paille suivie par le rachat des actions des seconds par le premier une fois la constitution de la société comme personne morale achevée, montage permis d'abord parce que les sociétés anonymes devenues unipersonnelles étaient depuis longtemps réputées en droit grec normales sans autre, à la différence du droit français, cette constitution n'étant pas en plus vue comme une fraude au caractère jusque récemment impérativement pluripersonnel de la constitution des AE. Dans le cadre de cette conception, des clauses des pactes liant le maître de l'affaire et les hommes de paille prévoyant une obligation des seconds de céder au premier leurs actions quand ce dernier le juge opportun,

combinées par exemple avec le maintien par ce dernier de la détention de leurs actions matérialisées avec procurations pour l'exercice de droits en découlant et de procurations spéciales lui permettant de céder les actions à soi-même, seraient en principe valables en droit grec -mais l'acte par lequel le maître de l'affaire cède comme représentant de l'homme de paille à lui-même les actions de ce dernier doit impérativement et sous peine de nullité revêtir selon le droit commun (art. 235 AK) la forme d'acte notarié. En plus, de tels actes juridiques entre maître de l'affaire et hommes de paille n'auraient aucune importance sur la validité de la société elle-même, à la différence du droit français, pour lequel selon la doctrine et la jurisprudence l'existence de cessions en blanc des droits sociaux des associés au profit d'un d'eux est réputé indice de défaut d'affectio societatis pouvant aboutir à la nullité d'une société (v. ci-dessus). Même en cas de participations réputées sans aucun doute simulées, non seulement effectuées pour le compte d'un autre, la doctrine distinguait entre société anonyme simulée et société anonyme réelle dans laquelle certaines des souscriptions (on peut comprendre dans le cas que nous étudions : toutes sauf la souscription de l'entrepreneur individuelle mettant son entreprise en société) étaient simulées ; la simulation des participations des hommes de paille n'était pas en plus selon la doctrine une cause de nullité de ces participations, dans un souci de préserver le capital social annoncé, et par conséquent il n'en découlait pas de danger de révélation d'une constitution unipersonnelle de l'AE ; la jurisprudence grecque hésitait d'ailleurs même en cas de caractère simulé de telles participations d'en tirer des conséquences pour la simulation de la société elle-même<sup>1207</sup>. Comme nous avons vu dans la Partie I, les sociétés anonymes unipersonnelles ab initio sont depuis 2007 reconnues pour le droit grec, évolution qui constitue la fin de toute possibilité de réputer les AE comme nécessairement de nature contractuelle ou exprimant nécessairement un groupement de personnes même au moment de leur constitution, évolution permettant désormais la mise ouverte d'une entreprise individuelle sous cette forme sociale sans problèmes, pourvu bien sûr que les règles d'ordre public imposant une certaine autonomie patrimoniale et organisationnelle de l'AE unipersonnelle soient respectées. En plus, comme nous avons vu dans la Partie I de notre

---

<sup>1207</sup> V. Ap. Karagounidis in « Droit de la société anonyme », (dir. E. Perakis), t. 1, p. 577 suiv.. Cf. dans la jurisprudence Pol. Prot. (TGI) Pirée 1299/1996, DEE 1997, p. 170, note G. Sotiropoulos, Mon. Prot. (TI) Thessalonique 2858/2006, Armenopoulos 2006, p. 1463, obs. D. Sideris, ces arrêts relevant le caractère purement formel (on doit entendre : apparent) des participations des autres actionnaires sauf le maître de l'affaire dans les sociétés anonymes en cause, ces actionnaires n'ayant essentiellement aucune participation dans la vie sociale, sans pour autant réputer pour cette raison les sociétés en cause simulées ; c'est sur le fondement de l'abus de personnalité morale que le maître de l'affaire a été atteint dans ces espèces, avec prise en compte d'un faisceau d'indices, y compris bien sûr le caractère formel des autres participations dans ces sociétés- v. infra.



étude, même la création d'une société de capitaux purement simulée selon l'art. 138 AK pour loger une entreprise individuelle –on doit entendre : sans aucune volonté de créer un être juridique avec une autonomie organisationnelle et patrimoniale face au maître de l'affaire, la société étant une pure apparence à destination des tiers (v. supra Partie I sur la notion de société simulée) - n'est pas selon la doctrine absolument dominante une cause de nullité de cette constitution, parce qu'une telle nullité serait prohibée par le droit communautaire, considération qui prive de toute conséquence pour ces sociétés un défaut fondamental selon le droit commun grec de l'acte juridique les fondant. La conséquence en est que même une mise d'une entreprise individuelle sous forme de société de capitaux seulement en apparence ne peut pas être sanctionnée par la nullité de cette société (v. supra Partie I sur la simulation en droit grec comme cause de nullité et sur le problème des sociétés de capitaux simulées, de leur notion et des effets de la simulation d'une telle société). La jurisprudence grecque suit généralement ces positions de la doctrine quand elle a à faire avec des sociétés de façade couvrant une entreprise purement individuelle<sup>1208</sup>. On peut de la sorte dire qu'en droit grec l'importance donnée au respect de l'ordre public de la société conçue comme une entité avec une certaine autonomie organisationnelle et patrimoniale, la volonté de ne pas s'immiscer trop dans les relations entre associés, mais aussi le besoin de la protection de la sécurité juridique et des tiers ainsi qu'un respect absolu pour une interprétation très restrictive du droit communautaire ont totalement marginalisé le rôle de l'ordre public sociétaire le plus traditionnel, celui découlant des éléments essentiels de la société comme contrat, pour ce qui concerne le contrôle de licéité des sociétés de capitaux exprimant essentiellement des entreprises individuelles, à la différence du droit français (v. pourtant Partie I et infra sur l'intégration de la simulation comme cas établissant l'abus de personnalité morale de la société fondant la levée de la personnalité morale de cette dernière). Il est pourtant d'autre part vrai qu'un courant jurisprudentiel de l'Epheteio (CA) du Pirée invoque la simulation – au sens des articles 138-139 AK, de l'acte juridique effectué seulement en apparence - de sociétés de capitaux s'activant dans le domaine maritime au titre de propriétaires ou de gérantes de navires, comme fondement possible non pas pour prononcer la nullité de ces sociétés, mais pour l'attribution de la qualité d'armateur –donc de commerçant, avec les rigueurs de la

---

<sup>1208</sup> V. p. ex. les arrêts précités Pol. Prot. (TGI) Pirée 1299/1996, Mon. Prot. (TI) Thessalonique 2858/2006, qui établissent par des faisceaux d'indices le caractère purement formel des sociétés anonymes impliquées et l'exercice personnel des entreprises en cause par leurs maîtres des affaires, sans pour autant ni utiliser le terme simulation ni prononcer la nullité pour cette raison ou tirer une conséquence juridique directement du caractère simulé de ces sociétés, la question de la responsabilité personnelle des maîtres des affaires étant abordée sur le fondement de l'abus de personnalité morale –v. infra.

commercialité- à leur gérant et actionnaire unique ou quasi-unique, et pour lui imputer les dettes de l'exploitation. L'importance capitale de la marine commerciale dans l'économie grecque, la fréquence des montages de mise d'exploitations individuelles sous forme sociétaire dans ce domaine et l'intérêt de cette jurisprudence du point de vue théorique justifient l'attention sur ce courant un peu à la marge des positions dominantes, les solutions en découlant ayant d'ailleurs des similitudes avec les effets de l'action en déclaration de simulation du droit français<sup>1209</sup>. Il est vrai que pour les arrêts en cause la qualité d'actionnaire unique ou quasi-unique –autrement dit, le caractère essentiellement individuel de l'entreprise en société- n'est pas seule suffisante ni pour établir la simulation ni pour l'attribution de la qualité d'armateur au maître de l'affaire, conformément aux solutions données par la doctrine et la jurisprudence dominantes. En plus, ce courant de la jurisprudence ne considère pas expressément la simulation de la société comme cause de prononciation de sa nullité, en évitant ainsi un conflit ouvert avec l'opinion dominante sur l'impossibilité d'une telle nullité pour les sociétés de capitaux. La simulation de la société est examinée comme fondement possible pour considérer que le maître de l'affaire exerce pour son compte personnel l'exploitation du navire appartenant à autrui (à la société simulée, souvent d'ailleurs par le biais d'une société de gestion contrôlée par lui également simulée, la société simulée qui apparaît comme propriétaire du navire maintenant ainsi une sorte de reconnaissance juridique, car elle est réputée pouvoir être titulaire de droits) ; de la sorte, le maître de l'affaire devient selon le dispositif du droit maritime grec armateur, acquiert la qualité de commerçant et porte les risques de l'exploitation avec l'ensemble de son patrimoine (v. pourtant supra sur le dispositif en vigueur permettant la restriction de sa

---

<sup>1209</sup> Selon les art. 105-106 KIND –Code grec de droit maritime privé- est armateur celui qui exploite pour son compte personnel un navire qui appartient à autrui (à la différence du droit français, qui définit plus largement l'armateur comme celui qui exploite le navire en son nom, qu'il en soit ou non le propriétaire – art. L5411 Code des transports). Selon la doctrine et la jurisprudence grecques, cette exploitation du navire d'autrui par l'armateur peut se fonder soit sur un acte juridique avec effet réel (constitution d'usufruit) soit sur un acte juridique avec effet relatif (location) soit résulter d'une situation réelle. L'élément essentiel pour l'acquisition de la qualité d'armateur est la volonté de la personne d'exercer et l'exercice effectif par elle de l'activité d'entreprise maritime constituée par le navire, avec acceptation non seulement de la jouissance des bénéfices mais aussi des risques générés par l'exploitation. Le propriétaire du navire et l'armateur doivent selon la loi déclarer aux autorités compétentes du port d'enregistrement du navire que ce dernier va exploiter le navire pour son compte afin que cette relation soit publiée –sinon, il y a présomption simple que c'est le propriétaire qui exploite le navire pour son compte personnel, tout tiers intéressé pouvant toutefois prouver le contraire (comp. avec l'art. L5411-2 du Code français des transports, selon lequel en cas d'affrètement tel que défini dans l'art. L5423-1 du même Code, l'affrètement devient l'armateur du navire si le contrat d'affrètement le prévoit et a été normalement publié). Pour ce qui concerne les dettes nées de l'exploitation du navire par l'armateur, ce dernier est responsable avec l'ensemble de ses biens, tandis que le propriétaire du navire est responsable avec le navire lui-même (art. 106 KIND).

responsabilité et les limites de cette restriction), tandis qu'on doit réputer que la société simulée –« propriétaire » du navire demeure tenue pour les dettes de l'exploitation avec ce dernier (v. art. 106 KIND prévoyant en cas d'exploitation d'un navire non personnellement par son propriétaire mais par un armateur que les créances nées de l'activité de l'armateur peuvent être exercées sur le navire). L'invocation à un moment donné par le maître de l'affaire de l'existence de la société simulée et du voile de sa personnalité morale ne serait ainsi qu'un artifice visant à frauder les droits des créanciers de l'entreprise. Il est d'autre part vrai que la jurisprudence en cause invoque la simulation des sociétés ainsi conçue seulement comme une limite exceptionnelle à la liberté des entrepreneurs d'exploiter indirectement des navires par le biais de sociétés contrôlées par eux en leur qualité d'actionnaire principal ou même unique et de dirigeant, sans acquisition de la qualité d'armateur et avec limitation de leur responsabilité et segmentation de leurs risques. L'exploitation du navire par le biais de sociétés contrôlées même totalement par une personne n'est pas ainsi identifiée avec l'exploitation directe du navire par quelqu'un pour son compte personnel, à savoir à son nom, et exclut en principe l'application de l'art. 105 KIND. Cette jurisprudence accepte ainsi expressément l'instrumentalisation des sociétés de capitaux dans le but de limitation de responsabilité des entrepreneurs, sans aucune référence à une conception de la société comme contrat ou comme exprimant nécessairement un groupement de personnes avec un but commun, et cela déjà avant la reconnaissance par le droit grec des AE constituées comme unipersonnelles, en reconnaissant simplement comme fondement de constitution de telles sociétés de capitaux la volonté de l'entrepreneur d'éviter d'exploiter directement le navire en assumant directement les risques de l'exploitation et en devenant armateur. La reconnaissance de ces montages de mise d'exploitations individuelles sous forme de sociétés cesse selon le courant jurisprudentiel en cause quand il s'agit de sociétés simulées, dans lesquelles la distinction entre exploitation directe et exploitation indirecte, par le biais d'une société, du navire par le maître de l'affaire n'a plus de sens, les sociétés simulées étant ainsi réputées essentiellement inexistantes comme agents économiques, comme c'est le cas avec l'acte simulé du droit commun, et le maître de l'affaire les utilisant est réputé exploiter personnellement le navire. Il est vrai que l'attribution au maître de l'affaire de la qualité d'armateur seulement, supposant logiquement que la société simulée est propriétaire du navire, donc qu'elle a l'existence juridique, restreint les effets de la déclaration de la simulation, mais on pourrait penser qu'elle a l'avantage pour les créanciers maritimes d'isoler le navire face aux créanciers personnels du maître de l'affaire. D'autre part, les arrêts en cause n'offrent pas de critères plus spécifiques standardisés de la simulation des

sociétés en la matière et n'abordent pas expressément la question de conflits éventuels d'intérêts entre créanciers ; ils évitent d'ailleurs de retenir la simulation de la société dans la plupart des espèces par eux jugées (v. infra sur la relation de la simulation avec l'abus de personnalité morale dans cette question de l'attribution de la qualité d'armateur aux maîtres de l'affaire)<sup>1210</sup>.

A la différence du régime particulier sur la simulation dans les sociétés de capitaux, et comme conséquence du dualisme accentué du droit des sociétés grec, les sociétés grecques de personnes étant réputées encore aujourd'hui avant tout des contrats (v. supra, Partie I), la question de la simulation d'une telle société masquant en fait une entreprise individuelle se pose en principe selon les termes du droit commun grec, les solutions étant

---

<sup>1210</sup> V. dans ce courant jurisprudentiel Eph. (CA) Pirée 403/2002, END 2002, p.129, obs. A. Markakis, 512/2003, DEE 203, p. 953, 961/2005, EEmpD 2005, p. 799, 213/2007, END 2007, p. 57. Les arrêts cités relèvent par des formulations identiques le droit de l'entrepreneur d'exercer son entreprise maritime par le biais d'une ou plusieurs sociétés de capitaux acquérant des navires et les exploitant à leur nom, souvent par le biais de sociétés de gestion également contrôlées par la même personne, sans être réputé pour cette raison exercer l'exploitation pour son compte personnel et devenir armateur. Cela, sauf si les sociétés en cause sont simulées ou n'ont pas développé une organisation et participation dans la vie des transactions et en réalité l'exploitation du navire est exercée pour le compte personnel de l'entrepreneur, qui contracte essentiellement à son nom, en assumant les bénéfices et risques de l'exploitation. La concentration des droits sociaux entre les mains de la même personne et l'utilisation des sociétés comme mécanismes d'absorption des risques de l'activité d'entreprise ne sont pas en elles-mêmes considérées par ces arrêts comme raisons d'identification de la personne morale de la société et de l'entrepreneur, si ce dernier contracte au nom et pour le compte de la société. Les arrêts en cause y voient une utilisation normale des avantages des différentes formes sociales offertes par la loi, sans distinguer entre sociétés exprimant une entreprise en commun et sociétés exprimant une entreprise essentiellement individuelle. Cette jurisprudence distingue en plus entre d'une part exercice effectif de l'activité d'armateur par le maître de l'affaire malgré l'implication d'une société se présentant comme exploitante et d'autre part conclusion de contrats d'exploitation purement au nom du maître de l'affaire (ainsi les arrêts 403/2002, 213/2007 de la même cour). Dans le premier cas de cette alternative, on doit logiquement englober les sociétés simulées, par le biais desquelles l'entrepreneur s'efforce de séparer d'une part l'exercice de l'exploitation du navire essentiellement directement pour son compte et à son bénéfice et d'autre part les risques de cette exploitation. En établissant la simulation de la société se présentant comme propriétaire de navire, le tiers renverse la présomption simple énoncé par l'art. 105 KIND, selon lequel en cas de non déclaration de l'exploitation du navire par un armateur, c'est le propriétaire qui est réputé exercer l'exploitation pour son compte. Pour ce qui concerne les critères plus spécifiques de la simulation, un arrêt (Eph. -CA- Pirée 512/2003) a considéré qu'il s'agissait d'une société réelle dès que le contrat litigieux avait été conclu par le maître de l'affaire au nom de la société, les paiements au cocontractant avaient été effectués pareillement au nom de cette dernière et la société avait plus généralement une activité d'exploitation de navires et maintenait dans ce but un bureau et personnel, tandis qu'un autre (403/2002 du même Epheteio-CA) tient compte de l'absence d'irrégularité dans les relations patrimoniales entre la société et le maître de l'affaire, ce dernier percevant des bénéfices sous la forme de dividendes selon les restrictions de la loi. Pour une présentation et critique de ce courant jurisprudentiel v. K. Rigas, monographie précitée, p. 79, 80-84, cet auteur étant très réservée à l'égard de l'application de la notion de simulation de l'art. 138 AK dans le domaine des sociétés de capitaux, même indépendamment de la question de leur nullité comme sanction de la simulation.

de nouveau assez différentes de celles du droit français. Est réputée ainsi simulé le contrat mettant en place une société de personnes si ce contrat est seulement apparent, les « associés » ne voulant pas la constitution d'une société avec ses éléments essentiels tels qu'ils résultent de l'art. 741 AK (obligations des associés d'effectuer des apports en commun réunies pour la poursuite d'un but commun, notamment économique), et l'on doit réputer que c'est le cas dans une mise d'une entreprise individuelle sous la forme d'une société de personnes avec volonté des « associés » que l'entreprise en cause demeure individuelle<sup>1211</sup>. Comme nous avons vu dans la Partie I, l'opinion dominante exclut l'application dans les sociétés de personnes simulées de la construction des sociétés de personnes de fait appliquée aux autres cas de telles sociétés défectueuses ayant développé une activité dans la vie des transactions, autrement dit ayant exprimé juridiquement une entreprise (reconnaissance de l'existence de ces sociétés comme si elles étaient valables, y compris de leur personnalité morale, leur défaut donnant aux associés droit de résiliation de la société – désormais, après la réforme de 2012, de demander en justice la dissolution - avec des effets seulement pour l'avenir), en considérant que dans la société simulée les associés n'ont jamais voulu la création d'une société<sup>1212</sup>. Le régime de la société de personnes simulée est ainsi laissé selon l'opinion dominante au droit commun de la simulation des art. 138-139 AK, dispositions d'ordre public (v. supra, Partie I), avec nullité de la société au sens du droit commun grec, notamment sans intervention judiciaire nécessaire, sans prescription possible et avec des effets rétroactifs, une nullité qui est toutefois inopposable aux tiers qui ont contracté avec la société en ignorant la simulation, cette dernière disposition ayant une importance évidente pour les sociétés de personnes s'étant présentées comme formes juridiques d'entreprises qui étaient en réalité individuelles<sup>1213</sup>. Il s'agit ainsi, à la différence de la nullité des sociétés fictives du droit

---

<sup>1211</sup> V. sur la simulation dans les sociétés grecques de personnes N. Rokas, manuel précité, p. 53.

<sup>1212</sup> V. N. Rokas, *ibid*, (en ajoutant toutefois que si la société simulée fonctionne, on doit examiner si les associés ont eu finalement la volonté de lui donner un caractère réel, même s'il s'agit en fait d'une vitrine pour couvrir une activité différente), S. Psychomanis (en grec) « La société de personnes défectueuse », EEmpD, p. 398, K. Karayannis, thèse précitée sur la simulation, p. 209 suiv., cet auteur soulignant que l'application dans les relations entre les associés d'une société simulée de la construction de la relation contractuelle de fait porterait atteinte à leur autonomie de la volonté et aboutirait à des résultats déplacés, comme la participation de l'associé simulé à la liquidation des biens sociaux apportés exclusivement par le coassocié.

<sup>1213</sup> Ainsi sur l'application des art. 138-139 AK en matière de sociétés de personnes simulées Areios Pagos 1079/1974, EEmpD 1974, p. 362, 1130/1974, EEmpD 1975, p. 233, 1122/1975, précité, 880/1980, EEmpD 1981, p. 388, 332/1999, Banque électronique de données Isokratis du Barreau d'Athènes, Eph. (CA) Athènes 10645/1980, EEmpD 1981, p. 389, 3722/2005, DEE 2005, p. 1304. Un auteur a pourtant soutenu que la protection des tiers devrait être fondée non

français, qui sont nulles selon le sens de la nullité du droit français des sociétés (v. supra, Partie I), d'une nullité comme si la société n'avait jamais existé pour les relations entre associés, avec toutefois protection des tiers ayant contracté avec la société selon l'article 139 AK en ignorant la simulation et se fiant à l'apparence. Ainsi, selon cette solution, comme d'une part pour les relations entre associés la société simulée est réputée n'avoir jamais existé, le maître de l'affaire est réputé seul propriétaire de son entreprise individuelle couverte sous la société simulée, cette solution étant évidemment défavorable pour les hommes de paille ; mais d'autre part les associés ne peuvent pas opposer la simulation aux tiers ayant contracté avec la société en ignorant son caractère simulé en vue d'être libérés de leur responsabilité indéfinie et éventuellement solidaire pour les dettes contractées au nom de la société, et les hommes de paille demeurent de la sorte tenus pour les dettes sociales. Le régime résultant de la combinaison des solutions présentés ci-dessus est évidemment particulièrement défavorable pour les hommes de paille. Est exclue aussi sur le fondement de l'art. 139 AK l'invocation du caractère simulé de la société pour contester les droits réels que les tiers de bonne foi ont acquis dans leurs transactions avec la société. Pourtant, en dehors de ces solutions bien établies, des incertitudes demeurent en ce qui concerne la protection et les droits des tiers dans le cas que nous examinons de simulation d'une société de personnes s'étant présentée comme expression juridique d'une entreprise demeurant en fait individuelle. Ces incertitudes concernent d'abord la protection des créanciers chirographaires de la société et la question de leur priorité éventuelle sur les biens de la société par rapport aux créanciers personnels du maître de l'affaire. L'opinion dominante dans la doctrine civiliste refuse la protection de l'art. 139 AK aux créanciers chirographaires de la personne ayant participé à la simulation et acquis des droits en apparence sur le fondement d'un acte juridique simulé. On pourrait dire au prolongement de cette opinion que l'absence de protection impérative du capital social dans les sociétés grecques de personnes semblerait exclure une priorité des créanciers chirographaires sur

---

sur l'art. 139 AK, mais sur l'inopposabilité par les sociétés de personnes et leurs associés aux tiers des clauses non publiées selon les anciens articles 42, 46 de la Loi commerciale, survivance jusque récemment en Grèce du Code de commerce français de 1807 (nullité de ces clauses entre associés, dans les relations avec les tiers nullité relative au profit de ces derniers, indépendamment de leur bonne foi, les tiers ayant ainsi le choix soit d'invoquer la nullité des pactes en cause soit les réputer valables) ; cette solution aboutit à une plus grande protection des tiers ayant contracté avec la société, mais elle suppose une obligation des associés de publier le caractère simulé de leur société par définition voulu comme occulte, elle identifie à une clause du pacte social l'absence de volonté réelle pour un tel pacte et étend la protection aux tiers de mauvaise foi –v. P. Mazis (en grec) « Les sociétés en nom et commandites simulées », *EEmpD* 1976, p. 15 suiv., 187 suiv., opinion partiellement adoptée par Eph. (CA) Dodécane 113/1998, *EpiskED* 1998, p. 1029, obs. V. Stoikos. Pour une critique de ce point de vue comme non fondé de lege lata et influencé par la conception française sur la simulation qui est différente de celle du droit grec v. K. Karayannis, thèse précitée, p. 204 suiv.

les biens de telles sociétés simulées sur le fondement de l'art. 139 AK, car ces créanciers n'ont pas envisagé une protection spéciale de leur gage sur les biens sociaux, mais surtout la responsabilité indéfinie et éventuellement solidaire des associés pour les dettes sociales. Il est toutefois préférable de considérer que les cocontractants de bonne foi d'une société de personnes exprimant juridiquement une entreprise se sont aussi fiés à la séparation des biens de cette société par rapport aux créanciers personnels des associés et de leur reconnaître ainsi une priorité sur ces biens, à l'instar de la solution donnée en droit français dans le cas de l'action en déclaration de simulation<sup>1214</sup>. Une autre question concerne la simulation seulement d'une participation sociale –dans le cas que nous examinons d'un homme de paille- et porte sur les droits des créanciers antérieurs à l'entrée à la société de l'associé simulé. La jurisprudence considère que le créancier ayant contracté avec la société avant l'entrée simulée de l'associé n'a pas contracté en se fiant à l'apparence créée par la simulation et n'est pas protégé par l'art. 139 AK<sup>1215</sup>. L'autre question est celle de la possibilité des cocontractants de la société simulée d'invoquer la simulation pour établir la nullité des contrats conclus au nom de la société et échapper à leurs obligations contractuelles, une possibilité qui pourrait être fondée au droit commun grec de la simulation (l'acte juridique simulé est nul d'une nullité absolue, tout intéressé pouvant invoquer cette nullité), mais qui est exclue en cas de fictivité d'une société en droit français (v. supra, Partie I). On pourrait considérer que le droit des cocontractants de la société simulée d'invoquer la nullité de la société s'ils en ont intérêt existe, mais il devrait être exercé dans les limites posées en droit grec par la prohibition de l'abus de droit (281 AK –il s'agit de limites posées par les bonnes mœurs, la bonne foi et le but économique et social du droit subjectif en cause- v. supra Partie I), et nous croyons qu'une invocation par un cocontractant de la nullité de la société pour simulation pour mettre en cause des contrats avec elle dans le seul but d'échapper à ses obligations ou pour renverser des transactions achevées serait difficilement conciliable avec la bonne foi. Pourtant, tous ces doutes et points non clairs rendent non satisfaisante la situation du droit grec pour ce qui concerne les sociétés de personnes s'activant dans la vie économique mais exprimant essentiellement des entreprises individuelles (cf Partie I, sur le caractère aujourd'hui plus sûr des solutions du droit français pour ce qui concerne les effets de la nullité de la société fictive, mais les

---

<sup>1214</sup> L'arrêt précité 113/1998 Eph. Dodécanèse a considéré que dans les relations avec les tiers la société en nom simulée doit être dissoute et liquidée comme si elle était normale – mais cette solution est fondée par l'arrêt sur l'opinion minoritaire de l'inopposabilité de la simulation à tout tiers pour non-publicité des contre-lettres (v. supra) et aboutit à la reconnaissance d'une personnalité morale de fait aux sociétés de personnes simulées que l'opinion dominante leur refuse.

<sup>1215</sup> V. en ce sens Areios Pagos 1079/1974, 1130/1974, précités.

incertitudes pour ce qui concerne l'action en déclaration de la simulation de la société fictive et ses rapports avec l'action en nullité). Il est en plus vrai qu'une partie importante de la doctrine grecque, en jugeant les art. 138-139 AK inadaptés au droit des sociétés, admet pour les sociétés de personnes simulées s'étant activées dans la vie économique – autrement dit des sociétés de personnes exprimant essentiellement des entreprises demeurant individuelles- l'application de la construction de la société de personnes de fait (v. supra, Partie I), ces sociétés étant réputées valables mais pouvant être dissoutes avec des effets pour l'avenir par décision de justice à la demande de tout associé pour cause grave. Cette solution emporterait un certain rapprochement avec les solutions françaises en matière de traitement des sociétés fictives, du moins après l'écoulement du délai triennal dans lequel tout intéressé peut en droit français agir en nullité judiciaire de ces dernières, les associés maintenant le droit d'agir en dissolution de la société pour juste motif (défaut d'affectio societatis) ; toutefois, la société de personnes de fait du droit grec, réputée en principe valable, mais pouvant être dissoute pour cause grave par décision de justice à la demande de tout associé, serait inattaquable par une action en déclaration de simulation (notamment par les créanciers personnels du maître de l'affaire), à la différence de la société fictive du droit français<sup>1216</sup>. D'autre part, un problème plus fondamental pourrait se poser une fois de plus pour le droit grec en matière de simulation des sociétés de personnes exprimant essentiellement des entreprises individuelles, à savoir celui de la question de ce qu'on entend par simulation pour défaut de volonté de constituer réellement une telle société : la distinction (de provenance allemande) entre la société simulée et le montage de la constitution d'une société par un maître de l'affaire-entrepreneur individuel et des hommes de paille agissant pour son compte selon des relations « fiduciaires », notamment de mandat (v. supra), accepté comme nous avons vu ci-dessus par la doctrine dominante pour les sociétés de capitaux, serait-elle vraiment transposable aux sociétés

---

<sup>1216</sup> V. ainsi notamment K. Pamboukis (en grec) « La société irrégulièrement constituée comme société anormale », in mélanges K. Karavas, p. 1021 suiv., not. p. 1043-1044, V. Stoikos, observations précitées sous Eph. Dodécanèse 113/1998. Le rapprochement concernerait les effets ex nunc de la nullité de la société simulée aussi bien dans ses relations externes que dans celles internes. Pour le reste, il s'agissait jusque récemment d'une dissolution extra-judiciaire de la société, par voie d'acte unilatéral –résiliation- de tout associé pour cause grave, sans délai de prescription, à la différence du régime des sociétés fictives françaises – mais la réforme du droit grec des sociétés de personnes en 2012 a supprimé pour les sociétés de personnes personnifiées ce droit ex lege de résiliation pour le remplacer avec le droit de l'associé de demander en justice la dissolution de la société pour cause grave, et on devrait conclure que le caractère simulé de la société constitue une telle cause grave de dissolution, comme on peut accepter que la fictivité constitue un juste motif de dissolution en droit français. Mais la société de fait ne serait pas nulle et les tiers intéressés ne pourraient pas en demander la nullité, à la différence du droit français avant l'écoulement de la prescription triennale du droit d'agir en nullité.



grecques de personnes ? La jurisprudence grecque, il est vrai rare en la matière, refuse de distinguer entre société de personnes simulée et société dans laquelle un des associés participe comme mandataire pour le compte de l'autre, en considérant, semble-t-il, que l'existence d'une relation de mandat entre les parties exclut la volonté réelle de réunion des éléments essentiels de l'art. 741 AK<sup>1217</sup>. Cette solution insiste sur le caractère contractuel des sociétés de personnes du droit grec et les éléments essentiels du contrat de société tels que voulus par l'art. 741 AK (communauté d'apports, poursuite d'un but commun par les associés), qu'une relation de mandat entre « associés », définie par l'art. 713 AK comme l'obligation de l'un d'eux de mettre à bien à titre gratuit une « affaire » pour le compte de l'autre, semble exclure. Il est d'ailleurs vrai que l'autonomie organisationnelle et patrimoniale des sociétés de personnes est par définition réduite par rapport aux sociétés de capitaux, et on doit réputer que la mise d'une entreprise individuelle sous forme de sociétés de personnes avec recours à des mandataires complices est normalement un cas de simulation tout court, sans espace laissé pour faire la distinction entre société simulée et société réelle constituée par le maître de l'affaire avec des participations fiduciaires. La différence avec ce que la doctrine accepte en matière de sociétés de capitaux viendrait ainsi confirmer le caractère dualiste du droit grec des sociétés, avec une nature organisationnelle des sociétés de capitaux et une nature prépondérante contractuelle des sociétés de personnes, la définition de la société dans l'AK applicable aux sociétés de personnes avec ses éléments essentiels –d'ordre public sociétaire- étant en relation d'exclusion mutuelle

---

<sup>1217</sup> V. ainsi l'arrêt précité 1122/1975 d'Areios Pagos. Dans cette affaire, selon les faits proposés par le demandeur, l'entrepreneur individuel –le demandeur lui-même- avait mis seulement en apparence son entreprise sous forme de société en nom collectif, dans le but de dissimuler son enrichissement immoral durant l'Occupation allemande, sur le fondement d'une relation de base de mandat de droit grec (art. 713 suiv. AK) avec son associé simulé (son frère), selon laquelle ce dernier était obligé de se présenter comme associé et gérant de la société simulée, d'exercer tous ses droits dans cette société selon les instructions du maître de l'affaire et de céder sa participation quand le maître de l'affaire le voudrait aux personnes choisies par ce dernier. Les frères se sont finalement brouillés et le maître de l'affaire a tenté d'expulser son associé simulé, en invoquant la simulation de la société existant entre eux, mais aussi la relation de base de mandat se cachant derrière la société simulée et obligeant son associé simulé de céder sa participation, en arguant que la société simulée entre eux se réduisait à une relation de mandat. Les juges grecs ont rejeté sa demande, en relevant la nullité absolue de la société simulée selon le droit commun de la simulation et en considérant que par conséquent le mandat invoqué avait comme objet une obligation du mandataire juridiquement impossible, car portant sur la cession de droits sociaux nuls (inexistants) parce que simulés (art. 335-336 AK) ; de la sorte l'associé simulé n'avait pas une obligation de transmission de sa participation sociale et le maître de l'affaire n'a pas pu combiner les avantages indûment voulus (invoquer le caractère simulé de la société et en même temps obtenir la survie de cette société avec transfert des droits sociaux de l'associé simulé à d'autres personnes, plutôt elles aussi des associés simulés agissant pour son compte). V. aussi Areios Pagos 880/1990, précité, selon lequel la participation de l'un des associés d'une société en nom sur un fondement de mandat pour le compte de l'autre n'exclut pas le caractère simulé de la société.

avec le contrat de mandat (la société de l'AK –forme sociale de base pour les sociétés grecques de personnes- crée une communauté d'apports et une communauté de but qui s'exprime par une communauté de décision et, dans le cas de sociétés à but économique, une communauté de résultat et de risque entre associés, le mandat sert en principe l'intérêt du mandant, le mandataire agit en principe sous les instructions du mandant, le mandataire ne participe pas en principe ni au bénéfice ni au risque de l' « affaire » du mandant qu'il exécute, le mandant devant le dédommager pour tout dommage qu'il a subi sans faute dans l'exécution de sa mission). Cette conception de la société de personnes rappelle d'ailleurs la conception française sur la société comme pourvue nécessairement d'affectio societatis et servant l'intérêt commun des associés, non seulement d'un entre eux, éléments essentiels de l'ordre public sociétaire français. On pourrait toutefois faire en théorie des distinctions et considérer que si les parties veulent la mise en place d'une société de personnes avec une certaine autonomie organisationnelle et surtout patrimoniale par rapport au maître de l'affaire (v. d'ailleurs infra sur la tendance de la pratique en Grèce de construction de sociétés de personnes incorporant des éléments des sociétés de capitaux, avec introduction statutaire d'un capital social), la simulation pourrait être exclue et le montage de la participation d'un ou plusieurs associés comme mandataires pour le compte d'un maître de l'affaire serait valable, si la société n'est pas teintée de fraude ou de but immoral, à l'instar de la solution admise pour les sociétés de capitaux. En tout cas, on doit considérer que la société de personnes même réputée comme simulée car couvrant une relation de mandat entre « associés », l'un d'eux participant pour le compte et dans l'intérêt de l'autre, mais s'activant dans la vie économique, en dissimulant une entreprise individuelle du maître de l'affaire, est une société de fait (v. supra sur cette construction proposée par la doctrine et sa relation avec le régime des sociétés fictives du droit français), notamment si l'associé - mandataire est actif, p. ex. comme gérant, avec application du régime des sociétés de fait (validité de la société comme contrat et personne morale, avec possibilité de dissolution judiciaire à la demande de toute associé pour cause grave).

#### **La levée du voile de la personnalité morale de la société masquant une entreprise individuelle sur le fondement de l'abus de personnalité morale**

Comme nous avons vu dans la Partie I, aussi bien le droit français que celui grec reconnaissent – bien que sur des fondements différents – la possibilité sous certaines conditions de la levée du voile de la personnalité morale des sociétés à risques limités comme moyen de protection de l'ordre public économique, si cette personnalité morale est constitutive d'un abus. La levée de la personnalité morale peut être ainsi une sanction dans

le cas de sociétés logeant essentiellement une entreprise individuelle, mais l'existence elle-même de telles sociétés ne suffit pas pour fonder l'abus et la levée de la personnalité morale de la société. Dans le cas de la levée de la personnalité morale des sociétés, on dépasse la problématique de la société comme contrat et des vices de ce dernier et on ne raisonne pas essentiellement sur le fondement de la conception de l'ordre public sociétaire comme visant à protéger les éléments essentiels de ce contrat, mais sur le fondement du respect par le maître de l'affaire de l'impératif sociétaire organisant un minimum d'autonomie de l'entité juridico-économique de la société face aux associés (pratiquement au maître de l'affaire). Ce n'est pas donc dans ces cas la mise d'une entreprise individuelle sous forme de société elle-même qui est sanctionnée avec la levée de la personnalité morale, mais le non-respect des règles du jeu de cette mise en société. La levée de la personnalité morale des sociétés sur le fondement de l'abus de cette personnalité morale a ainsi l'avantage sur les sanctions fondées sur une conception contractuelle de la société de pouvoir appréhender des utilisations anormales de sociétés constituées licitement comme unipersonnelles, donc comme par définition comme non contractuelles (v. supra Partie I sur les progrès de la reconnaissance de ces sociétés en droit français et en droit grec). Comme nous avons développé dans la Partie I, l'abus de personnalité morale est en France une construction doctrinale, et des incertitudes existent sur son caractère comme notion autonome ou comme notion synthétisant les différents vices principaux des sociétés ayant la personnalité morale. En tout cas, le droit français recourt à la levée du voile de la personnalité morale d'une société essentiellement unipersonnelle notamment dans le cas de fictivité, avec l'action en déclaration de simulation, mais aussi plus particulièrement en cas de procédure collective contre la société dans les cas de fictivité de cette dernière, ainsi que dans les cas de confusion des patrimoines de la société et du maître de l'affaire, même ayant résulté au cours de la vie sociale, dans le but d'atteindre personnellement ce dernier (v. supra Partie I, Titre I, sur la rareté de références dans la jurisprudence française à la notion d'abus de personnalité morale des sociétés, le caractère ambigu de l'abus de personnalité morale des sociétés comme notion autonome ou comme notion synthétisant tout détournement des sociétés avec personnalité morale, la distinction faite par une partie de la doctrine entre fictivité juridique et fictivité économique, cette dernière étant vue par des auteurs comme une notion pouvant être identifiée à l'abus de personnalité morale au sens strict, les difficultés concernant la confusion de patrimoines comme notion autonome ou indice de fictivité et celles concernant la relation de la confusion de patrimoines avec l'abus de la personnalité morale)<sup>1218</sup>.

---

<sup>1218</sup> V. aussi les arrêts précités Cass. Com. 18 févr. 1994, 23 oct. 1998, CA Paris 29 sept. 1995 pour

La mise d'entreprises demeurant essentiellement individuelles sous forme de sociétés de capitaux est en Grèce un champ principal de la problématique de la levée de la personnalité morale de telles sociétés pour abus de leur personnalité morale, de sorte que vaut la peine un rappel des caractéristiques principales des solutions du droit grec en la matière présentées dans la Partie I. Ainsi, en Grèce la levée de la personnalité morale des sociétés de capitaux sur le fondement de l'abus de cette dernière a une importance plus grande qu'en France, à défaut de possibilité de prononcer la nullité de ces sociétés sur le fondement de la fictivité ou de la fraude et d'utiliser l'action de déclaration de simulation sur le fondement de fictivité pour atteindre le maître de l'affaire (v. supra sur l'interprétation très restrictive du droit communautaire sur la nullité des sociétés de capitaux retenue par la doctrine dominante grecque). D'autre part, comme nous avons vu dans la Partie I, la jurisprudence grecque refuse aujourd'hui de considérer que seule l'existence d'un actionnaire ou associé unique ou quasi-unique et le contrôle exercé par un tel associé sur la société soient en eux-mêmes suffisants pour fonder la levée de la personnalité morale de la société. De la sorte, seul le caractère unipersonnel ou quasi-unipersonnel d'une société de capitaux couvrant une entreprise individuelle ne peut pas fonder une telle levée, comme c'était le cas avec la théorie du contrôle jadis prépondérante dans la jurisprudence grecque comme fondement de levée de la personnalité morale des sociétés (d'ailleurs aujourd'hui la plupart des formes sociales de sociétés de capitaux, y compris les AE, sont valablement constituées comme unipersonnelles, et évidemment l'exercice d'une possibilité offerte par la loi ne peut constituer ipso facto un abus)<sup>1219</sup>. Plus particulièrement pour ce qui concerne le

---

des cas d'extension de la procédure collective d'une société au maître de l'affaire ou du moins à d'autres sociétés des mêmes intérêts. V. aussi CA Paris 13 juillet 1993, *Bul. Joly* 1993 p. 1250, note H. Le Nabasque pour un cas de levée de la personnalité morale d'une EURL – preuve supplémentaire de la particularité de la levée de la personnalité par rapport à la fictivité classique liée à la conception contractualiste de la société.

<sup>1219</sup> Nous rappelons seulement que la théorie du contrôle avait comme effet principal d'atteindre des entrepreneurs ayant mis leurs entreprises individuelles sous la forme juridique de sociétés de capitaux, car selon elle le critère pour la levée de la personnalité morale était la possession par une personne d'un tel pourcentage du capital, combinée éventuellement avec la qualité de dirigeant, de sorte que de sa participation dépende la poursuite de l'activité sociale ou même l'existence de la société (v. supra Partie I). V. K. Rigas, *op. cit.*, p. 41 suiv. sur l'utilisation initiale de la théorie du contrôle comme fondement de la levée de la personnalité morale des sociétés de capitaux et son abandon avec les arrêts 17/1994 et 5/1996 d'Areios Pagos. Le premier de ces arrêts a tiré du caractère de la société anonyme comme société à risque limité et de la reconnaissance par le droit grec de l'époque des sociétés anonymes devenues unipersonnelles (leur dissolution pour cette raison était exclue) la conclusion qu'était exclue la responsabilité personnelle de l'actionnaire quasi-unique pour les dettes de la société. Le second de ces arrêts (DEE 1996, p. 1105, obs. critiques M. Kypraios, *EEmpD* 1996, p. 758, obs. K. Alepakos), a jugé que la possession par un associé- gérant de la totalité ou quasi-totalité des parts d'une EPE lui donnant le pouvoir de contrôler la vie de la société

domaine maritime – domaine par excellence en Grèce de mise sous forme de sociétés de capitaux d’entreprises individuelles -, la jurisprudence avait expressément reconnu le droit de principe des entrepreneurs s’activant dans ce domaine de mettre leurs entreprises –étant entendu: essentiellement individuelles- sous forme de sociétés de capitaux (AE, EPE, société maritime- *naftiki etairia*) pour limiter les risques résultant de l’exploitation des navires (v. supra sur cette jurisprudence et le caractère simulé de telles sociétés comme limite à cette liberté) ; comme nous avons exposé ci-dessus, cette jurisprudence accepte ainsi une instrumentalisation des sociétés de capitaux allant plus loin de ce qu’est reconnu en droit français, car toute référence à la société comme contrat ou expression d’une pluralité de personnes fait défaut dans ces arrêts et les sociétés de capitaux sont vues seulement comme mécanismes de limitation des risques des entrepreneurs (il est à noter que la plupart des arrêts formant cette jurisprudence sont antérieurs à la reconnaissance en 2007 de la constitution d’AE unipersonnelles, ouvrant la voie, semble-t-il, pour cette reconnaissance). Cette reconnaissance du droit de la mise d’entreprises maritimes essentiellement individuelles sous forme de sociétés à risques limités excluait bien sûr logiquement la possibilité d’une levée de personnalité morale du seul fait d’une telle mise en société dans le but de limitation des risques de l’exploitation<sup>1220</sup>. La personnalité morale des

---

ne suffit pas pour lui attribuer la qualité de commerçant parce qu’il n’effectue pas d’actes de commerce à son nom.

<sup>1220</sup> V. ainsi *Epheteio* (CA) Pirée 695/2000, *EEmpD* 2000, p. 767, 606/2001, *END* 2002, p. 108, 404/2002, précité, 512/2003, précité, 736/2003, précité, 940/2003, *Episk ED* 2004, p. 931, obs. K. Pamboukis, 961/2005, précité, 213/2007, précité, et supra sur le raisonnement stylisé développé pour ce qui concerne l’acquisition par le maître de l’affaire de la qualité d’armateur. Les mêmes arrêts soulignent dans le même sens que le fait de l’utilisation par un ou plusieurs entrepreneurs d’une société de capitaux pour canaliser leur activité d’entreprise, la société constituant ainsi un mécanisme d’absorption des conséquences défavorables de cette activité, ne constitue pas en elle-même raison pour lever le voile de la personnalité morale de la société. En plus, selon l’arrêt 606/2001, les avantages de la limitation du risque ont été donnés à la société maritime –*naftiki etairia*- dans le but d’attirer les navires d’intérêts grecs au pavillon grec, et ce serait ainsi inconséquent de procéder à des levées faciles de la personnalité morale de ces sociétés. V. aussi *Mon. Prot. (TI) Pirée* 1352/1992, *EEmpD* 1992, p. 629, obs. I. R. (seule l’existence d’un actionnaire unique dans une société de capitaux de commerce maritime ne suffit pas pour la levée de sa personnalité morale sans établissement d’une volonté de fraude). Ces arrêts ont rompu avec une jurisprudence plus ancienne qui considérait que l’actionnaire principal et dirigeant d’une société propriétaire d’un navire exploitait ce navire pour son compte au sens de l’art. 105 *KNID* (Code grec de droit maritime privé) –v. supra - même s’il contractait au nom de la société, avec comme conséquence qu’il acquérait la qualité d’armateur au sens de cet article ; cette jurisprudence identifiait exploitation directe pour le compte personnel et exploitation indirecte par le biais d’une société totalement contrôlée et était critiquée par la doctrine grecque pour interprétation erronée de l’art. 105 *KIND* et pour être en conflit avec les principes fondamentaux du droit de la personnalité morale –v. p. ex. *Eph. (CA) Athènes* 8734/1986, *EEmpD* 1986, p. 664, obs. critiques I. Rokas, *Pol. Prot. (TGI) Pirée* 1308/1989, *END* 1989, p. 106, G. Sotiropoulos, observations précitées sous *Pol. Prot. (TGI) Pirée* 1299/1996, K. Rigas, monographie précitée, p. 73 suiv.

sociétés de capitaux logeant des entreprises individuelles peut ainsi être levée aujourd'hui en Grèce pour imputer personnellement au maître de l'affaire les conséquences de l'activité de l'entreprise seulement en cas d'abus de personnalité morale, limite fondamentale aujourd'hui d'ordre public économique à la liberté d'utilisation des personnes morales par les particuliers, seul le caractère unipersonnel et la volonté de segmentation des risques ne suffisant pas pour fonder un tel abus. Comme nous avons exposé dans la Partie I, un tel abus de personnalité morale rendant cette dernière inopposable aux tiers est réputé exister dans le cadre de sociétés de capitaux essentiellement unipersonnelles dans les cas où le maître de l'affaire les utilise pour des finalités étrangères aux finalités pour lesquelles le droit reconnaît et organise ces formes sociales, des finalités allant en plus à l'encontre des finalités du système juridique dans son ensemble, et plus particulièrement dans un but de fraude à la loi ou pour nuire aux tiers ou pour échapper à ses obligations, autrement dit pour fraude à la loi ou à des intérêts privés (v. supra Partie I, Titre I sur le fondement de la levée de la personnalité morale comme abus de personnalité morale ou d'institution)<sup>1221</sup>. Nous rappelons seulement à cette place que l'utilisation anormale de la personnalité morale des sociétés constitutive d'abus dans le cadre d'entreprises essentiellement individuelles (v. aussi infra pour le cas des groupes de sociétés) est établie selon un courant d'arrêts ayant l'approbation de la doctrine par certains indices, dont notamment l'absence de vie sociale, l'utilisation des sociétés comme personnes interposées pour les transactions personnelles de l'entrepreneur, leur caractère simulé, la création aux tiers de l'impression légitime que c'est le maître de l'affaire qui s'engage personnellement, mais surtout leur capitalisation manifestement insuffisante et la confusion de patrimoines entre le maître de l'affaire et la société<sup>1222</sup>. L'abus de personnalité morale se présente de la sorte selon ce point de vue qui

---

<sup>1221</sup> V. pour des analyses de cette notion et son fondement sur l'abus de droit ou à l'abus d'institution la monographie précitée de K. Rigas sur la levée de la personnalité morale et la thèse précitée de K. Karayannis ainsi que la Partie I de notre étude, et dans la jurisprudence concernant des entreprises essentiellement individuelles –malgré l'intégration le plus souvent des sociétés en cause à des groupes de plusieurs single-ship companies dans le but d'une segmentation encore plus étanche des risques– notamment les arrêts de l'Epheteio (CA) du Pirée 606/2001, 403/2002, 736/2003, 961/2005, 213/2007, précités, Pol. Prot. (TGI) Athènes 793/1998, EEmpD 1998, p. 795, les arrêts du Pol. Prot. (TGI) Pirée 1299/1996, précité, 1742/2001, END 2001, p. 204, 1673/2003, EEmpD 2004, p. 80, obs. S. Spyropoulos, et Mon. Prot. (TI) Thessalonique 2858/2006, précité.

<sup>1222</sup> Ainsi dans la doctrine K. Rigas, op. cit., p. 62 suiv., et dans la jurisprudence Pol. Prot. (TGI) Athènes 793/1998, précité, Eph. (CA) Pirée 606/2001, précité (avec cette particularité que l'utilisation de la société comme personne interposée est pour cet arrêt une cause de levée de la personnalité morale distincte de l'abus de cette dernière), et notamment Pol. Prot. (TGI) Pirée 1676/2003, précité. Ce dernier arrêt a relevé l'abus de personnalité morale d'une société de capitaux pseudo-étrangère (ayant son siège social à l'étranger mais son siège réel en Grèce – v. infra sur ce problème) s'activant dans le domaine maritime et levé le voile de cette dernière en retenant un faisceau d'indices : caractère unipersonnel de la société exploitant le navire, l'actionnaire unique étant

semble dominant dans la doctrine comme le fondement unique pour atteindre le maître de l'affaire-entrepreneur individuel derrière les sociétés de capitaux anormales, un fondement largement indépendant de la conception de la société comme contrat et des défauts de ce dernier, à la différence des conceptions de base du droit français. Cette construction permet d'appréhender le maître de l'affaire ayant mis son entreprise individuelle sous forme de société de capitaux dans un but de fraude, notamment d'une rupture entre les bénéfices et les risques de l'exploitation au-delà de ce que la loi tolère même pour les sociétés de capitaux, autrement dit en cas d'une mise défectueuse de son entreprise sous forme de société, ce défaut étant apprécié sous l'angle des finalités générales du droit, notamment la désapprobation de la fraude. Elle laisse par contre intacte la mise d'une entreprise individuelle sous forme de société de capitaux respectueuse des finalités du droit, autrement dit respectant l'autonomie organisationnelle et surtout patrimoniale de la société voulue par ce dernier et sa relation nécessaire avec la limitation de responsabilité. On doit remarquer une fois de plus que la simulation de la société –qu'on doit comprendre comme le cas dans lequel aucune volonté d'autonomie organisationnelle et patrimoniale de la société n'existe, l'entreprise étant mise en société seulement en apparence- est prise en compte selon le point de vue dominant dans la doctrine non d'une manière autonome mais comme l'un des indices pour établir l'abus de la personnalité morale, sans que cela ne signifie selon ce même point de vue que la société simulée soit automatiquement constitutive d'un tel abus. La différence avec les conceptions françaises en la matière, avec la fictivité des sociétés traditionnellement découlant de la conception contractuelle de la société et permettant sans autre l'exercice de l'action en déclaration de simulation contre le maître de l'affaire, est évidente (v. pourtant supra sur la tendance dans la doctrine française d'examiner la question de la fictivité plutôt du point de vue du défaut d'autonomie

---

aussi son dirigeant unique dominant la société, absence d'organisation propre interne de la société, avec défaut d'organes constitués par d'autres personnes en dehors de la personne du maître de l'affaire, réalisation par le maître de l'affaire à titre personnel d'actes de commerce concernant l'exploitation du navire de la société, création aux tiers de l'impression qu'il était armateur (à savoir qu'il exploitait des navires pour son compte), avec déclarations de sa part qu'il avait cette qualité, et de l'impression qu'il s'engageait personnellement pour les dettes de la société, émission de chèques pour les dettes de la société en cause par lui au titre de représentant d'une autre société lui appartenant également, conclusion par lui à titre personnel d'emprunts pour faire face aux frais de l'exploitation de la société, confusion de patrimoines de la société et du maître de l'affaire résultant de l'insuffisance du financement de la société, ses bénéfices étant transférés au maître de l'affaire par le biais d'une autre société lui appartenant et se présentant comme gérante de la première, de l'identité du lieu de leur établissement et de l'apparition du maître de l'affaire comme exerçant l'exploitation du navire essentiellement pour son compte personnel avec octroi de garanties personnelles pour la société.

organisationnelle et patrimoniale)<sup>1223</sup>. Il est pourtant vrai que, comme nous avons vu dans la Partie I de notre étude et ci-dessus dans les développements pour ce qui concerne l'attribution au maître de l'affaire de la qualité d'armateur, une partie importante de la jurisprudence grecque existant en la matière continue de considérer le caractère simulé d'une société comme critère distinct de l'abus de personnalité morale pour atteindre le maître de l'affaire-entrepreneur individuel en matière d'exploitation maritime, en considérant que l'abus de personnalité morale suppose logiquement une société réelle, non simulée ; en plus, quelques arrêts ignorent même l'abus de personnalité morale comme base pour atteindre le maître de l'affaire de sociétés de capitaux s'activant dans le commerce maritime, en exigeant pour un tel effet la simulation de la société ou l'exercice du commerce maritime essentiellement à son nom<sup>1224</sup>. En tout cas, certains critères retenus par la doctrine et la jurisprudence pour établir cet abus dans le cas de sociétés couvrant essentiellement des entreprises individuelles seraient des critères de fictivité de la société en droit français (c'est notamment le cas pour l'absence d'organisation sociale et la confusion de patrimoines), et on pourrait aussi soutenir le caractère simulé de telles sociétés en droit grec<sup>1225</sup>. Il est aussi à noter que certains arrêts des tribunaux grecs dans la même matière

---

<sup>1223</sup> Selon K. Rigas, op. cit., p. 79, 83, la simulation de la société, conçue non pas comme la simulation de l'art. 138 AK, mais comme l'absence d'organisation et d'activité dans les transactions, n'est pas seule suffisante pour établir l'abus de la personnalité morale, mais est prise en compte comme indice pour l'établissement de l'abus sur le fondement de la fraude, en créant une preuve prime facie pour l'existence de fraude, le maître de l'affaire pouvant toujours échapper à la condamnation s'il peut créer au juge un doute sur le concours de la fraude. On pourrait toutefois objecter à ce point de vue que toute société simulée opposant sa personnalité morale aux tiers a nécessairement un but frauduleux. Sur les relations entre simulation et abus d'institution v. K. Karayannis, thèse précitée, p. 284 suiv., 571 suiv. et plus particulièrement pour les sociétés de capitaux p. 187 suiv.

<sup>1224</sup> Pour le premier courant v. les arrêts précités de l'Epheteio (CA) du Pirée 403/2002, 512/2003, 213/2007 et pour le second les arrêts de la même cour 574/2004, DEE 2004, p. 1162, 961/2005, précité. V. aussi K. Rigas, op. cit., p.77 suiv. Selon les arrêts du premier courant et comme nous avons exposé ci-dessus, quand il s'agit d'une société simulée se présentant comme propriétaire ou exploitant un navire, c'est le maître de l'affaire qui est réputé exploiter le navire pour son compte et a la qualité d'armateur, tandis qu'en cas de telles sociétés réelles c'est la société qui exploite le navire, mais il y a possibilité de lever sa personnalité morale et d'atteindre personnellement le maître de l'affaire si ce dernier utilise la société pour échapper frauduleusement à ses obligations. Selon l'arrêt 213/2007 de cette cour, indices pour relever l'abus de personnalité morale sont notamment la sous-capitalisation de la société et la confusion des patrimoines entre société et maître de l'affaire.

<sup>1225</sup> Serait p.ex. plutôt simulée la société dans l'espèce de l'arrêt précité Pol. Prot. Pirée 1676/2003 (v. supra), comme ne disposant d'aucune autonomie organisationnelle et patrimoniale face à son propriétaire. Dans l'espèce de l'arrêt précité Mon. Prot. (TI) Thessalonique 2858/2006, le juge a retenu l'abus de personnalité morale sur le fondement d'un faisceau d'indices, dont le caractère purement formel de la participation du seul coactionnaire du maître de l'affaire, la domination absolue du maître de l'affaire sur la société, de sorte que l'existence de la société était purement formelle (l'arrêt évite de dire simulée), avec comme critère essentiel la confusion de patrimoines, le



considèrent qu'il n'est pas possible d'établir a priori des critères plus spécifiques d'abus de personnalité morale établissant la fraude du maître de l'affaire aux droits des créanciers, considération qui ne va pas dans le sens de la sécurité juridique<sup>1226</sup>. En tout cas, selon la jurisprudence le simple octroi de garanties des dettes sociales par le maître de l'affaire-entrepreneur individuel et encore plus son engagement moral pour l'exécution des obligations de la société ne suffisent pas pour caractériser l'abus de personnalité morale<sup>1227</sup>. En plus, comme nous avons vu dans la Partie I, selon la doctrine dominante grecque, mais aussi selon certains arrêts, la levée de personnalité morale d'une société de capitaux pour utilisation abusive de cette personnalité morale peut jouer non seulement au profit des créanciers sociaux, qui peuvent ainsi appréhender le patrimoine personnel du maître de l'affaire, mais aussi au profit des créanciers personnels de ce dernier, qui peuvent appréhender les biens appartenants à la société ; le cloisonnement des biens apportés à l'entreprise individuelle mise sous une forme de société à risques limités à laquelle vise le

---

maître de l'affaire utilisant les ressources de la société pour ses dépenses personnelles et prélevant librement des sommes de la caisse de la société. V. aussi Pol. Prot. Pirée 1299/1996, précité, cet arrêt relevant qu'il s'agissait en l'espèce d'une société purement formelle (il a évité le terme simulée) du maître de l'affaire-entrepreneur individuel, relevant sa domination absolue sur la société, la possession par lui de la quasi-totalité du capital, le caractère formel des participations des autres actionnaires, l'absence d'organes décisionnels autres que la personne du maître de l'affaire, l'appropriation par lui des résultats du navire comme s'il s'agissait de son affaire personnelle, pour fonder le caractère abusif de l'opposition de la personnalité morale de la société et la levée de cette dernière pour attribuer au maître de l'affaire la qualité d'armateur (à savoir de la personne exploitant pour son compte un navire appartenant à autrui, en l'espèce à la société purement formelle, selon les termes du tribunal). De telles sociétés seraient bien sûr sans aucun doute fictives en droit français, sans besoin de recours à une notion distincte d'abus de personnalité morale. Sur la distinction entre personnes morales simulées et personnes morales réelles mais constituant abus d'institution v. K. Karayannis, thèse précitée, p. 579-581.

<sup>1226</sup> Ainsi p. ex. l'arrêt précité 403/2002 Eph. (CA) Pirée.

<sup>1227</sup> Ainsi les arrêts précités Pol. Prot. Athènes 793/1998 (ne constitue pas une cause de levée de la personnalité morale le cautionnement offert par les actionnaires aux banques pour l'essentiel des dettes de la société, les actionnaires ne devenant pas ainsi commerçants et ne pouvant pas être déclarées personnellement en faillite), Eph. (CA) Pirée 213/2007 (ne sont pas constitutifs d'abus de personnalité morale car ne fondent pas l'utilisation frauduleuse de ses sociétés ni l'octroi de cautionnement du maître de l'affaire aux banques pour l'acquisition des navires de ses sociétés, ni l'octroi par lui d'un tel cautionnement au profit d'un fournisseur des navires, ni ses engagements à l'égard d'un autre fournisseur des navires-demandeur pour le paiement des dettes de ses sociétés –ses engagements étant jugés de nature morale-, ni l'identification des intérêts des sociétés avec ceux du maître de l'affaire, ni son apparition comme étant l'entrepreneur réel derrière ses sociétés, à défaut de confusion de patrimoines entre eux). Cf avec l'arrêt précité Pol. Prot. Pirée 1676/2003, qui donne une place importante comme indice pour établir l'abus aux engagements et garanties du maître de l'affaire portant sur les dettes de sa société. Bien sûr un engagement juridique valable à l'égard d'un créancier social pour une dette de la société par son représentant légal engage ce dernier pour cette dette particulière indépendamment de la question de l'abus de personnalité morale –v. ainsi Eph.(CA) Pirée 940/2003, précité, la cour relevant une conclusion d'un contrat d'acceptation cumulative de dette d'autrui selon l'art. 477 AK pour une dette de la société entre le maître de l'affaire et le créancier.

maître de l'affaire peut ainsi être mis en échec dans les deux sens en cas d'utilisation anormale de la société par ce dernier (cf avec l'action en déclaration de simulation du droit français en cas de fictivité de la société pouvant elle aussi jouer dans les deux sens, avec pourtant une priorité sur l'actif social reconnue aux créanciers sociaux sur les créanciers personnels du maître de l'affaire, une question non abordée pour le moment dans la jurisprudence grecque)<sup>1228</sup>. Nous rappelons aussi que la levée de la personnalité morale de ces sociétés est opérée souvent en dehors d'une procédure collective, comme levée ad hoc, elle emporte selon certains arrêts responsabilité solidaire pour les dettes sociales de la société et du maître de l'affaire et selon d'autres responsabilité pour ces dettes seulement de ce dernier, la société étant réputée ad hoc inexistante, mais elle n'emporte pas selon l'opinion dominante nullité de la société anormale, sur le fondement toujours de la liste exclusive des nullités des sociétés de capitaux pour le droit communautaire, en la laissant ainsi subsister dans le monde juridique, chose qui est problématique du point de vue de la politique de répression de ces sociétés. La levée de la personnalité morale a d'ailleurs comme conséquence complémentaire traditionnelle l'imposition au maître de l'affaire des conséquences défavorables de la commercialité, si la société dont la personnalité morale a été levée exerce une activité commerciale, notamment de la faillite et de la contrainte par corps pour les dettes sociales (v. toutefois infra Partie I sur les réformes récentes du droit grec des voies d'exécution ayant diminué cette dernière menace)<sup>1229</sup>.

### **Autres sanctions**

La mise d'une entreprise individuelle sous forme de société pourrait constituer en droit français un abus de droit fiscal, soit si la société est purement fictive (abus de droit-simulation), soit si le motif unique de cette mise en société est exclusivement fiscale (abus

---

<sup>1228</sup> V. ainsi Eph. (CA) Pirée 348/2005, DEE 2007, p. 318, obs. N. Vervessos. V. K. Rigas, op. cit., p. 164, considérant que dans le cas de cette levée de la personnalité morale de la société au profit des créanciers personnels du maître de l'affaire, la protection de ces derniers prend le pas sur la protection du capital social. Contra N. Vervessos, observations précitées, qui par conséquent refuse la possibilité d'une telle levée "à l'envers. Il est vrai que dans cet arrêt la cour a reconnu la levée de la personnalité morale "à l'envers" en principe, en la rejetant dans l'espèce jugée : elle a ainsi considéré que l'identité d'intérêts entre le maître de l'affaire et sa société, par le biais de laquelle le premier exerçait l'ensemble de son activité, n'était pas une base suffisante pour la condamnation de la société pour une dette personnelle du maître de l'affaire sur le fondement de l'abus de personnalité morale parce que l'utilisation frauduleuse de la société n'était pas établie, et cela malgré le paiement d'une partie de cette dette par la société, chose qui pourrait suggérer une confusion de patrimoines entre celle-ci et le maître de l'affaire.

<sup>1229</sup> V. p. ex. pour la responsabilité solidaire Pol. Prot. (TGI) Pirée 1673/2003, précité, et pour la responsabilité exclusivement du maître de l'affaire Eph. (CA) Pirée 213/2007, précité, la personne morale de la société étant vue ainsi plutôt comme supprimée ad hoc.

de droit- fraude à la loi – v. art. 64 LPF- et supra, Partie I). Pourtant, comme nous avons vu dans la Partie I, la jurisprudence française est très exigeante quant à la preuve par l'administration des éléments constitutifs de l'abus de droit fiscal et le danger de qualification de la mise d'une entreprise individuelle sous forme de société comme abusive semble minime, au moins si le maître de l'affaire a une attitude prudente de respect de l'autonomie organisationnelle et patrimoniale de la société<sup>1230</sup>. L'entrepreneur essentiellement individuel doit en plus prendre garde de respecter les règles du jeu quant aux dépenses de sa société pratiquement unipersonnelle, sous peine de sanctions de l'acte anormal de gestion pour les dépenses irrégulières (v. supra). Plus dangereuse est pour cet entrepreneur-dirigeant la menace pénale : s'il utilise sa société de capitaux même essentiellement unipersonnelle comme il utilisait son entreprise individuelle, il risque la qualification de ses actes comme abus de biens sociaux (art. L 241-3, L242-6 C.com.-v. supra Partie I). En plus, selon la jurisprudence française la fictivité de la société n'est pas en aucun cas opposable par les associés –maître de l'affaire et homes de paille- à leur profit face à l'administration fiscale<sup>1231</sup>. De l'autre coté de la comparaison, comme nous avons vu dans la Partie I, l'administration fiscale grecque peut établir la réalité derrière la façade, et de la sorte elle peut aussi atteindre la réalité de l'entrepreneur individuel derrière l'apparence de la société, en imposant au nom du premier les résultats de l'exploitation, si le caractère simulé de la société peut être établi ; mais il semble que de tels cas d'appréhension dans la jurisprudence de la réalité derrière l'apparence de la société simulée concernent des sociétés de personnes et des EPE et non des AE<sup>1232</sup>. Une disposition du

---

<sup>1230</sup> V. supra Partie I sur la jurisprudence française condamnant la pratique de l'administration d'assimiler la cession d'un bloc de contrôle d'une société de capitaux à une cession de fonds de commerce et plus généralement son attitude restrictive à l'égard de l'abus de droit fiscal. V. toutefois Cass. Com. 15 mai 2007, Bull. Joly soc., p. 1093, note N. Matthey (abus de droit fiscal dans le cas d'une société fictive n'ayant aucune activité réelle).

<sup>1231</sup> V. l'arrêt précité Lumale de la Cour de cassation.

<sup>1232</sup> V. sur cet aspect Th. Liakopoulos, p. 90, K. Karayannis, *ibid*, K. Rigas, p. 134. La doctrine grecque souligne qu'il s'agit d'un cas de levée de personnalité morale ad hoc au profit du fisc et croit que la jurisprudence répute dans le cadre du contentieux fiscal comme simulées des sociétés réelles mais frauduleuses. Pour un exemple dans la jurisprudence v. Symvoulis Epikrateias (Conseil d'Etat grec) 1001/1991, D.Dik. 1992, p. 425. Il s'agissait dans cette affaire de la constitution d'une EPE qui a dans les faits continué une entreprise exercée auparavant par une société en nom ayant deux associées ayant des participations très inégalitaires (80 pour cent pour l'un et 20 pour cent pour l'autre), le but de la constitution étant de diluer pour des raisons fiscales la présence du maître de l'affaire avec la participation dans l'EPE de son épouse et de son fils, de sorte que le premier apparaissait ne détenir que quatre des parts sociales sur un nombre total de vingt. Les juges du fond ont relevé l'identité de l'entreprise exploitée par la société en nom et l'EPE en retenant la mise en inertie de la première après la constitution de la seconde et une série de contrats non usuels permettant la mise à la disposition de l'EPE de l'actif de la société en nom ainsi que l'identité de siège social et de gérant (le maître de l'affaire) entre les deux ; ils ont aussi relevé que le capital apporté à l'EPE par

droit fiscal grec (art. 28 par. 4 KFE- Code grec d'imposition du revenu de 1994) prévoyait à sens inverse que ne sont pas opposables par les associés à l'administration fiscale les contre-lettres portant sur la simulation des sociétés de personnes et des EPE ou des participations à de telles sociétés, dans le but de déjouer des efforts des intéressés d'invoquer la simulation de la société à leur profit, disposition qui évidemment peut avoir des applications dans le cadre de l'entreprise individuelle mise sous forme de société seulement en apparence (cf supra sur la jurisprudence française excluant aux associés d'une société fictive d'invoquer à leur profit la fictivité de la société à l'encontre de l'administration fiscale)<sup>1233</sup>. Il reste à voir quelle peut être l'importance pour des mises artificielles d'entreprises individuelles sous forme de sociétés l'introduction en 2013 par l'art. 38 du nouveau Code grec de procédure fiscale d'une disposition de portée générale anti-fraude à la loi (v. supra). Pour ce qui concerne l'aspect pénal, il y a possibilité d'application des délits du droit pénal commun grec d' « apistia » (« déloyauté ») et d' « hypexaireci » (abus de confiance) au lieu de l'abus de biens sociaux du droit français (v. supra, Partie I sur ces infractions en droit grec), si le dirigeant utilise dans son intérêt personnel les biens de la société, même si les possibilités d'exonération sont plus larges qu'en droit français<sup>1234</sup>. En tout cas, ce qui est généralement essentiel dans le cadre des sanctions fiscales et pénales est qu'on ne sanctionne pas la simple mise de l'entreprise demeurant individuelle sous forme sociétaire, mais le non-respect du minimum d'autonomie de l'entité juridico-économique ainsi créée, l'ordre public économique sociétaire de provenance des droits fiscal et pénal ne s'intéressant pas tellement du respect du caractère de la société comme contrat, mais de la protection de l'intérêt général et des intérêts des tiers.

---

les nouveaux associés était disproportionnellement petit par rapport à la taille et aux bénéfices de l'entreprise que l'EPE allait continuer, mais aussi que les nouveaux associés travaillaient à temps entier ailleurs, malgré la prévision des statuts que tous les associés devaient effectuer des apports en industrie. Sur le fondement de ces constatations ils ont conclu, avec l'approbation de la Cour suprême administrative grecque, que les participations des nouveaux associés étaient simulées, effectuées seulement en apparence et dans le but de diminuer artificiellement les bénéfices acquis en réalité par le maître de l'affaire.

<sup>1233</sup> V. K. Karayannis, op. cit., p. 84, 254 suiv., avec critique de la disposition comme inspirée du droit français qui a une conception différente sur la simulation et les problèmes d'interprétation en découlant.

<sup>1234</sup> V. supra Partie I sur la possibilité d'exonération à l'unanimité pour le délit d'apistia par l'assemblée des actionnaires et plus généralement sur les sanctions fiscales et pénales en droit grec en cas de détournement des sociétés.

## **Par 2 : Le montage de la dissociation du siège réel et du siège statutaire dans le but d'évincer l'application du droit et de l'ordre public sociétair nationaux normalement applicables**

Il s'agit d'un montage ancien, juridiquement simple, utilisant les mécanismes du droit international privé, mais d'importance évidente pour le droit des sociétés et son impératif, car l'application d'un droit national donné et de son ordre public sociétair à une société suppose logiquement que la société en cause relève de ce droit national. Le développement commencera avec la présentation du montage en cause dans les deux pays sous comparaison et de sa logique (A) et continuera avec le traitement que lui réservent les droits français, grec mais aussi communautaire (B)

### **A/ Présentation du montage en cause**

#### **Qualification de montage**

Comme nous avons présenté dans la Partie I, les deux droits sous comparaison - celui français et celui grec - adoptent (du moins c'est l'opinion dominante en France et le principe pour le droit grec- v. aussi infra) le critère du siège réel - défini comme le lieu effectif de la direction de la société - pour la détermination de la nationalité de la société et du droit national des sociétés qui lui est applicable (art. 1837 C. civ., L210-3 C. com., 10 AK, tels qu'interprétés par la doctrine dans les deux pays). Les deux droits imposent aussi des dispositifs d'ordre public pour la constitution normale d'une société destinée par eux à acquérir la nationalité française ou grecque et ne permettent pas la constitution selon ces dispositifs de sociétés fixant leur siège à l'étranger. Par le montage que nous discutons dans cette unité, les associés (ou souvent le maître de l'affaire unique, car il s'agit dans la plupart de cas, du moins en Grèce, de mise en société d'entreprises demeurant essentiellement individuelles) dissocient l'apparence de la réalité de leur société-entreprise, en décidant de la constituer dans un pays tiers - notamment dans un "paradis" juridique et fiscal. Ils visent de la sorte à pouvoir invoquer la nationalité de ce pays pour leur société, tout en voulant établir le centre effectif de direction de leur entreprise mise en société et exercer souvent l'activité économique de leur entreprise dans un autre pays, dans le cadre de notre comparaison la France ou la Grèce. Par le montage en cause les parties veulent ainsi cumuler les avantages au-delà de ce que les ordres publics sociétair français et grec permettent : d'une part, elles veulent bénéficier des avantages qu'offre du point de vue

économique l'exercice de la direction de leur entreprise et/ou de son activité économique en France ou en Grèce ; d'autre part, elles veulent évincer l'application du droit national normalement applicable, dans notre cas du droit français et du droit grec, à leur société, car elles jugent ces droits trop impératifs, en voulant bénéficier des marges de supplétif plus grands d'un tiers droit, p.ex. en ce qui concerne la publicité de l'identité des fondateurs, des associés postérieurs entrés à la suite de changements dans la propriété des droits sociaux et des dirigeants, le minimum du capital social, l'évaluation des apports et la protection du capital, les contrôles de la société, les obligations plus générales de publicité, la composition et le fonctionnement des organes sociaux (v. supra Partie I sur les blocs de règles impératives que les deux droits sous comparaison ont introduit pour réglementer ces matières notamment pour les sociétés auxquelles ils reconnaissent la limitation de responsabilité). L'exigence traditionnelle de constitution pluripersonnelle des sociétés est un motif supplémentaire pour les montages en cause (v. pourtant supra sur la large tolérance de sociétés essentiellement unipersonnelles en France et en Grèce), car les paradis juridiques offrent des procédés standardisés de constitution de sociétés unipersonnelles par le biais de professionnels hommes de paille, notamment des avocats ; mais les progrès des sociétés unipersonnelles en France et en Grèce (v. supra, Partie I) diminuent l'intérêt de ce dernier motif. Il demeure pourtant que les procédés standardisés de propriété indirecte (ou dissimulée) des droits sociaux des sociétés « paradisiaques » –notamment par le recours aux techniques anglo-saxonnes de trust et de nominee- permettent dans une large mesure le secret aussi bien sur le patrimoine d'une personne que sur le rôle prépondérant de dirigeant d'une personne dans l'entreprise mais aussi la transmission –entre vifs ou à cause de mort- de la propriété économique de l'entreprise au moindre coût fiscal<sup>1235</sup>. C'est en tout cas exactement la volonté d'évincer globalement par la dissociation de l'apparence et de la réalité du siège social l'application du bloc de l'impératif normalement applicable d'un ordre public sociétaire national, mais aussi souvent d'exclure la compétence des tribunaux nationaux normalement compétents pour les différends nés au sein de la société, qui caractérise le procédé de la dissociation du siège statutaire et du siège réel comme cas de montages tels que nous les avons définis dans notre Introduction ; il s'agit plus particulièrement dans la typologie que nous avons établie d'un montage visant à contourner l'ordre public sociétaire, en plus non sur un point particulier, mais in globo. Le montage en cause a aussi des relations avec le débat sur la société comme contrat ou comme

---

<sup>1235</sup> V. sur les avantages de la constitution de sociétés paradisiaques et les techniques utilisées (en grec) P. Douvis « Activités off-shore », Athènes 2003, Ch. Pamboukis « Les sociétés off-shore et le droit international privé grec », DEE 2001, p. 965 suiv.

expression juridique d'une entreprise : c'est parce que si l'on voit la société comme contrat, on aura une attitude plus favorable à l'égard de la volonté des associés de soumettre leur société à un droit national voulu, même différent de celui de son siège effectif, car aussi bien le droit français que le droit grec sont généralement assez libéraux quant au choix par les contractants du droit applicable à leur contrat, ce dernier étant vu en principe comme une affaire entre les contractants (mais cette liberté ne peut pas bien sûr aboutir à l'acceptation de la fraude à l'ordre public)<sup>1236</sup>. Par contre, si l'on conçoit la société comme expression juridique d'une entreprise qui, tout en étant privée (capitaliste), constitue la forme juridique d'une organisation qui implique fortement des intérêts des tiers au contrat de société, mais aussi souvent l'intérêt général, on doit considérer que le choix du droit national applicable à la société échappe largement à la volonté des associés et devient une question importante d'ordre public économique. Mais il est d'autre part vrai que les sociétés ainsi constituées dans les paradis juridiques tout en ayant leur siège réel dans un autre pays sont –du moins c'est le cas des sociétés avec leur siège réel en Grèce- le plus souvent unipersonnelles, de sorte que même la conception contractualiste des sociétés ne peut pas offrir un fondement et une légitimité au montage en cause. On peut concevoir aussi le montage de dissociation du siège statutaire et du siège réel au sens inverse, avec une société constituée en France ou en Grèce, mais ayant son siège réel à l'étranger, dans le but d'obtenir des avantages que les deux droits réservent à leurs sociétés nationales. Pourtant, les acquis du droit communautaire avec le principe de la liberté d'établissement, y compris pour les sociétés communautaires avec leurs différentes formes d'établissement, diminuent beaucoup l'intérêt du recours à un tel montage pour les ressortissants communautaires ; en outre, plus généralement les deux droits sous comparaison écartent en principe la théorie du contrôle pour la détermination de la nationalité des sociétés (v. supra Partie I et infra sur quelques exceptions) et permettent en principe libéralement la constitution de filiales françaises ou grecques de sociétés étrangères, en reconnaissant les groupes de sociétés à domination étrangère, avec l'ambiguïté inhérente à la notion du groupe de la coexistence de la pluralité de formes juridiques avec une direction unique au niveau du groupe (v. infra Titre II sur le montage structurel du groupe de sociétés). De la sorte, le problème du siège réel à l'étranger d'une société constituée comme française ou grecque se pose rarement (v. pourtant infra Titre II sur un tel cas dans le cadre d'une fraude à un réglementation impérative grecque réservant certains droits seulement aux citoyens

---

<sup>1236</sup> V. P. Mayer- V. Heuzé « Droit international privé », Monchrestien 2010, 10e édition, nos 690 suiv., S. Vrellis (en grec) « Droit international privé », Nomiki Vivliothiki 2008, 3<sup>e</sup> édition, p. 167 suiv.

grecs ou personnes morales grecques)<sup>1237</sup>. Le législateur grec a d'ailleurs récemment expressément prévu que la nouvelle forme sociale de l'IKE (société privée de capitaux, forme d'EPE –SARL de droit grec modernisée) n'a pas l'obligation d'avoir son siège réel en Grèce (art. 45 par. 3 L4072/2012), une dérogation importante au système traditionnel du siège réel et peut-être un pas vers son abandon. Il est aussi à noter que dans plusieurs cas il y a dissociation du siège réel et du siège statutaire d'une société dans le cadre de sociétés avec un but purement patrimonial ou dans des buts purement frauduleux sans aucune relation essentiellement avec l'exercice d'une entreprise – mais dans cette unité nous raisonnons encore sur le fondement d'une société–expression juridique d'une entreprise- entité autonome (pour les autres cas v. infra Titre II).

### **Le montage en cause dans la réalité française et dans la réalité grecque**

Le montage de la dissociation du siège statutaire et du siège réel dans le but d'évincer l'application du droit français et provoquer l'application d'un droit étranger à une société ayant son siège réel en France a vécu ses heures de gloire au XIXe siècle, avant la libéralisation de la société anonyme en 1867 : en voulant éviter le contrôle du Conseil d'État dans la constitution de la SA introduit par le Code de commerce, des entrepreneurs français recouraient à la constitution d'une « company » anglaise pour donner une forme juridique à leur entreprise française, bénéficiant de la reconnaissance en France sur le fondement d'une convention bilatérale des sociétés anglaises<sup>1238</sup>. La pression de ce montage a joué un rôle important, comme nous avons vu dans notre Introduction, dans la décision finale des autorités françaises de libéraliser la constitution de la SA. Après cette libéralisation, le montage de la dissociation du siège statutaire - situé à l'étranger- et du siège réel -se trouvant en France- d'une société se rencontre relativement rarement dans la jurisprudence française, les arrêts en cause étant en plus dans la plupart anciens<sup>1239</sup>. Il est d'autre part sûr que la constitution de sociétés à l'étranger même sans aucune autonomie de décision fait souvent partie de la stratégie des groupes de sociétés, notamment dans le but de l'évasion fiscale, mais aussi dans certains cas de circuits d'abus de biens sociaux (v. infra

---

<sup>1237</sup> Selon M. Menjuq « Droit international et européen des sociétés », précité, no 75, p. 95, « ...il n'y a jusqu'à présent aucune décision de jurisprudence ayant refusé d'appliquer le droit français à une société immatriculée en France au motif qu'elle aurait son siège de direction dans un autre pays ».

<sup>1238</sup> V. L. Convert « L'impératif et le supplétif... », thèse précitée.

<sup>1239</sup> V. notamment Ch. crim. C. cass. 21 nov. 1889, S. 1890, L. 94 CA Paris 31 octobre 1957, RTD com. 1958 p. 345, note Y. Loussouarn, CA Paris 26 mars 1966, JDI L 966, p. 845, note B. Goldman. V. aussi CA Paris 2 juillet 1991, Bull. Joly 1991, p.858, Ch. com. C. cass. 23 févr. 1993 Dr. soc. 1993, no 85, obs. Th. Bonneau (les deux derniers arrêts concernent des questions de procédure fiscale et de compétence juridictionnelle).



Titre II). Pourtant, si l'on doit juger de la rareté et dans la plupart ancienneté de la jurisprudence et le relatif peu d'intérêt dans la doctrine contemporaine, il semble que le montage de la dissociation du siège statutaire et du siège réel d'une société-entreprise prise comme entité juridico-économique autonome dans le but d'évincer l'application du droit français et de son ordre public sociétaire est relativement rare (sauf peut-être dans le domaine de la marine commerciale), peut-être pour des raisons de prestige pour les grandes entreprises, pour des raisons de coûts et complications pour les petites et moyennes, en tout cas pour l'insécurité juridique et les risques qu'il engendre. Il est d'ailleurs à noter que la « délocalisation » du siège statutaire de la société ne peut en aucun cas exclure l'application des lois de police applicables pour l'activité de la société en France<sup>1240</sup>. On peut toutefois rencontrer dans la jurisprudence française des cas de sociétés étrangères « paradisiaques » s'activant en France par le biais du fonctionnement d'entreprises, pour lesquelles il y avait le soupçon qu'elles réalisaient une dissociation artificielle entre le siège statutaire (à l'étranger) et leur siège réel (en France) dans le cadre d'opérations de blanchiment de capitaux de provenance illicite ; l'attitude libérale du droit français à l'égard des sociétés étrangères et de leur reconnaissance a bien sûr facilité la réalisation de ces montages<sup>1241</sup>.

En Grèce le montage de la dissociation du siège réel et du siège statutaire de la société dans le but d'évincer l'application de la loi grecque et de son ordre public est très répandu, notamment dans le domaine de la marine commerciale, secteur majeur de l'économie grecque, de sorte que les problèmes juridiques en résultant ont une plus grande importance en France qu'en Grèce. En voulant maximiser leurs avantages, les entrepreneurs grecs s'activant dans le commerce maritime montrent une prédilection pour constituer des

---

<sup>1240</sup> M. Menjucq « Droit international et européen des sociétés », no 73. L'auteur rapporte que la Confédération française des commerçants et artisans avait préconisé il y a quelques années à ses membres d'immatriculer leurs sociétés à l'étranger et d'exercer en France leur activité sous forme de succursale, dans le but d'éviter l'application des règles françaises de la sécurité sociale, notamment pour ce qui concerne le statut des dirigeants. Le montage en cause serait toutefois totalement inefficace, sur le fondement de l'application des lois de police (droit du travail, de la sécurité sociale) à toutes les sociétés qui opèrent sur le territoire français, françaises et étrangères.

<sup>1241</sup> Pour un cas d'une société « paradisiaque » exerçant une activité d'entreprise en France v. l'affaire jugée par CA Rennes, 8 juillet 1981. Rev.cr.dr. int. pr. 1982, 81, note Mayer (société constituée à Jersey, dont les associés, évidemment des prête-noms, étaient trois avocats de Jersey, la société s'activant dans le domaine de l'hôtellerie-restauration en France). Sur le traitement par le droit français des sociétés étrangères et notamment la question de leur reconnaissance avec l'évolution historique en la matière notamment pour les sociétés anonymes, M. Menjucq, op. cit., nos 53 suiv. Sur la fiscalité des sociétés étrangères en France, v. M. Cozian « Précis de fiscalité des entreprises », no 866.

sociétés off-shore à des paradis juridiques, notamment au Panama et au Liberia<sup>1242</sup>. La doctrine grecque retient comme éléments essentiels des sociétés off-shore les distinguant des simples sociétés étrangers la dissociation par définition du lieu de constitution et de leur siège réel et la constitution à un Etat - paradis fiscal, les sociétés en cause ne pouvant pas exercer d'activités dans les pays de leur constitution<sup>1243</sup>. Comme c'est plus généralement le cas avec la constitution de sociétés off-shore pour loger des entreprises dont la direction réelle se trouve ailleurs (v. supra), les avantages principaux recherchés par les entrepreneurs grecs dans le recours aux sociétés off-shore sont la combinaison de la responsabilité limitée pour l'activité exercée (le plus souvent d'ailleurs combinée avec la technique des single-ship companies –v. infra) avec la rapidité de constitution, la très grande liberté statutaire (dans les juridictions off-shore la constitution de sociétés de capitaux avec actionnariat et direction unipersonnels était par exemple reconnue bien avant qu'en droit grec) et la possibilités de secret quant à l'identité des fondateurs, actionnaires et dirigeants réels ainsi que quant aux transmissions des droits sociaux<sup>1244</sup>. En fait les sociétés en cause sont le plus souvent dirigées du Pirée, tout en se présentant comme des sociétés étrangères établies en Grèce, et sont gérées par d'autres sociétés off-shore, elles aussi avec leur siège réel au Pirée, le maître de l'affaire se présentant comme le représentant de cette société de gestion (v. infra sur les contrats de gestion d'une société par une autre). Malgré les possibilités de secret qu'offrent les sociétés off-shore, dans le cas de telles sociétés exprimant juridiquement des entreprises notamment maritimes le plus souvent la personne du maître de l'affaire est connue aux cocontractants et cette connaissance joue un rôle principal dans leur décision de contracter. Une grande partie de la flotte commerciale portant le pavillon grec est de la sorte exploitée aujourd'hui par des sociétés pseudo-étrangères, de sorte qu'on a pu écrire que la Grèce a des navires, mais elle n'a pas d'entreprises maritimes<sup>1245</sup>. L'attitude favorable du droit grec à l'égard des sociétés étrangères établies en Grèce facilite bien sûr le montage en cause<sup>1246</sup>. Il est d'ailleurs à noter que le « déguisement » de sociétés ayant leur siège réel en Grèce avait

---

<sup>1242</sup> Sur ces pratiques, ainsi que sur le droit applicable et la fiscalité privilégiée dans ces deux pays v. (en grec) P. Douvis «Activités off-shore», notamment p. 162 suiv. En plus, l'imposition selon le droit grec des sociétés étrangères exploitant des navires avec le pavillon grec est minime, de sorte que le montage en cause est fiscalement favorable.

<sup>1243</sup> V. (en grec) Ch. Pamboukis « Les sociétés off-shore en droit international privé grec », précité, p. 965.

<sup>1244</sup> V. Ch. Pamboukis, op. cit., p. 965-966.

<sup>1245</sup> Ainsi, P. Douvis op. cit., p. 328.

<sup>1246</sup> Sur l'établissement de sociétés étrangères en Grèce, les formalités et publicités exigées v. art. 7a, 7b, 50-50b L 2190/1920 (pour les sociétés anonymes) , 57-59 L 3190/1955 (pour les EPE) et les ouvrages de V. Antonopoulos, p. 17, 19-20, N. Rokas, p. 243 suiv., 522 suiv. ainsi que P. Drakopoulos in «Droit de l'AE » (dir. E. Perakis), t. 7, p. 155.

souvent comme but de bénéficier de certains avantages que le législateur grec accordait aux investissements étrangers en Grèce<sup>1247</sup>. Bien sûr, la pratique grecque connaît - comme celle française- de nombreux cas de sociétés maritimes pseudo-étrangères dans le cadre de groupes de sociétés, notamment sous la forme de « single-ship companies », mais aussi des sociétés constituées aux paradis juridiques et utilisées en Grèce comme des véhicules d'évasion fiscale (v. infra Titre II). D'ailleurs, si la plupart des cas de sociétés pseudo-étrangères se rencontre en Grèce dans le cadre du commerce maritime, on peut rencontrer certains cas dans d'autres domaines, notamment celui de l'activité industrielle : dans ce cas, si la direction réelle de la société se trouve en Grèce, son établissement principal peut se trouver à l'étranger (évidemment non au pays "paradisique" de constitution de la société pseudo-étrangère)<sup>1248</sup>.

## **B/Le traitement du montage en cause par les ordres publics français et grec et l'incidence du droit communautaire**

### **Les solutions du droit français**

La réaction du droit français et de son ordre public face au montage de la dissociation du siège statutaire et du siège réel peut être rattachée à la théorie française de la simulation frauduleuse, car le montage en cause, tel que nous l'avons décrit, est une construction juridique proposant une apparence trompeuse, celle du siège de la société en dehors de la France, destinée exclusivement à écarter l'application normale du droit français et de son impératif à une société dont le siège de direction se situe sur le territoire français ; elle pourrait aussi alternativement être rattachée à la théorie de la fraude, comme c'est, semble-t-il, l'approche traditionnellement dominante, car la constitution de la société dans un pays tiers, si l'on répute comme sérieuse, est artificielle, se faisant dans le seul but d'écarter l'application normale du droit français à une entité dont le siège réel se trouve en France (v. supra, Partie I sur les théories de la simulation frauduleuse et de la fraude en droit français

---

<sup>1247</sup> Selon un « décret-loi » (anagastikos nomos- littéralement loi d'urgence) de la dictature de 1967 – AN 89/1967 - était permise l'établissement en Grèce de sociétés étrangères industrielles, commerciales ou maritimes sous forme de succursale ou d'agence, sous condition d'effectuer exclusivement à l'étranger leurs activités, après autorisation du Ministre du commerce, les sociétés en cause bénéficiant d'un traitement privilégié fiscal et relatif au droit du travail. La loi 2922/2002 a supprimé toutefois le régime fiscal favorable de ces sociétés. Sur l'ensemble du sujet v.

<sup>1248</sup> Ainsi dans l'affaire jugée par Areios Pagos (As. Pl.) 2/2003 DEE 2003, p. 525, note L. Athanassiou (société anonyme avec son siège statutaire et lieu d'incorporation au Liberia et son siège réel en Grèce, où elle s'était établie en tant que société étrangère de l'AN 89/1967).

et leur applications en droit des sociétés). Il faut toutefois rappeler que le droit français adopte une présomption (simple) de coïncidence du siège statutaire et du siège réel de la société et que la simulation frauduleuse ou la fraude ne se présument pas, même pour les sociétés « paradisiaques »<sup>1249</sup>. Le droit français offre en tout cas plus généralement une option aux tiers dans les art. 1837 al 2 C. civ. et 210-3 al. C.com en cas de dissociation du siège statutaire et du siège réel d'une société, les tiers pouvant de la sorte invoquer soit le siège statutaire, soit le siège réel de la société, cette dernière ne pouvant en aucun cas leur opposer le siège réel différent de celui statutaire. Il résulte de ces articles que les tiers (la loi ne distinguant pas en plus entre tiers de bonne ou de mauvaise foi) ont le droit d'invoquer soit le siège statutaire de la société à l'étranger et le droit étranger lui étant applicable, soit son siège réel en France et la fraude à la loi française pour invoquer l'application à la société du droit français, mais que la société ne peut jamais proposer son siège réel en France et l'application du droit français pour échapper éventuellement à ses obligations. On pourrait dire qu'il s'agit d'un dispositif visant à piéger les auteurs de la dissociation entre siège réel et siège statutaire dans leur construction et de protéger les tiers ayant contracté avec la société ; il est en plus à noter que ces objectifs prennent le pas sur la protection de l'impératif sociétaire français par l'établissement de la réalité de la nationalité de la société et l'application à elle du droit français, notamment dans le cas où le tiers a intérêt d'invoquer le siège statutaire et le droit étranger de ce dernier, ce droit lui étant reconnu<sup>1250</sup>. D'autre part, des problèmes avec cette solution demeurent : ainsi, une société qui a son siège réel en France, mais a été constituée selon un droit étranger dans un but de fraude à la loi française, devrait être réputée une société française qui n'a pas été normalement constituée

---

<sup>1249</sup> Ainsi, dans l'arrêt précité du 8 juillet 1981 de la CA de Rennes, la cour est restée à la façade de la constitution et du fonctionnement des organes de direction de la société à Jersey, en réputant la société en cause comme ayant son siège réel à ce dernier ; elle a ainsi réputé que cette société était soumise au droit de Jersey, en refusant d'examiner sa fictivité éventuelle selon les critères du droit français. Si l'on juge de cet arrêt, les sociétés « paradisiaques » exerçant une activité d'entreprise en France ne sont pas réputées ipso facto frauduleuses à la loi françaises, la fraude devant dans chaque cas particulier être établi par celui qui l'invoque. En plus, les déclarations des impliqués à ces montages pour ce qui concerne la composition des organes de direction et le siège de cette dernière sont acceptées assez facilement, bien qu'il s'agisse d'un lieu commun que les sociétés « paradisiaques » en cause ne sont utilisées que pour permettre une dissociation artificielle entre siège réel et siège statutaire. V. pourtant infra, Partie II, sur la proposition formulée dans la doctrine française de refus de lege ferenda de reconnaissance en France de la capacité juridique des sociétés « off-shore », sur le fondement de la différence radicale de leur nature par rapport à la conception française sur les sociétés.

<sup>1250</sup> Sur l'option des tiers et le débat doctrinal quant à son fondement, une partie importante de la doctrine soutenant que le fondement en cause est la théorie de l'apparence, et l'attitude de la jurisprudence qui insiste sur une reconnaissance de l'option indépendamment de la connaissance ou non des tiers de la dissociation entre siège réel et siège statutaire v. M. Menjucq, p. 93 suiv.

(elle n'a pas été immatriculée en France, selon les prescriptions du droit français), et on devrait en conclure que la société en cause n'a pas la personnalité morale, ne constituant qu'une société créée de fait entre associés et dirigeants, si elle a exercé une activité en France (v. supra Partie I sur la qualification de sociétés créées de fait des sociétés destinées à acquérir la personnalité morale, non immatriculées et exerçant une activité économique) ou même qu'il s'agit d'une société inexistante, en cas d'absence de pluralité réelle d'associés ; normalement les tiers en ayant intérêt pourraient invoquer l'absence de personnalité morale de cette société (v. supra sur la qualification de sociétés créées de fait des sociétés françaises destinées à acquérir la personnalité morale, qui exercent une activité économique sans être immatriculées ; il nous semble par contre que les sociétés pseudo-étrangères ne pourraient pas être réputées fictives même si elles sont essentiellement unipersonnelles, car la notion de société fictive et son régime –courte prescription pour agir en nullité, effets de la nullité seulement pour l'avenir- semblent supposer une société immatriculée). Si l'absence de personnalité morale des sociétés pseudo-étrangères pour non immatriculation en France est acceptée, il en résulterait de l'option offerte par l'art. 1837 C. civ. un conflit d'intérêts possible entre d'une part des tiers invoquant le siège réel de la société en France et son absence de personnalité morale pour saisir les biens apportés à la société dans le but de se satisfaire pour leurs créances sur le maître de l'affaire ou un des associés et d'autre part des créanciers sociaux qui se sont fiés à l'apparence du siège statutaire étranger et la validité de la société, notamment si le maître de l'affaire n'a pas d'autres biens de valeur sauf ceux apportés à la société. Il est vrai qu'il n'y a pas de jurisprudence récente, semble-t-il, nous permettant de dire que la solution de la requalification en société française créée de fait ou d'inexistence de société est consacrée, comme d'ailleurs il ne semble pas y avoir de jurisprudence récente sur un conflit potentiel entre tiers en la matière<sup>1251</sup> ; pourtant, si l'on juge des solutions données par la jurisprudence et la doctrine françaises en matière des sociétés fictives (v. supra) et à la

---

<sup>1251</sup> V. supra plus généralement sur les solutions du droit français en cas de conflits d'intérêts dans le cas de l'apport frauduleux à une société ou d'une société frauduleuse. Il est à noter qu'une partie de la doctrine française conteste la réalité de l'adoption du siège réel par le droit français comme critère de rattachement des sociétés. Pour cette partie de la doctrine, le droit français adopte le critère du siège statutaire de la société comme critère de rattachement, sauf en cas de fraude ou de fictivité du siège réel v. M. Menjucq, op. cit., nos 94 suiv. Pourtant, dans le cadre du montage que nous étudions, la fraude, avec ses éléments objectifs et subjectifs exigés par le droit français (v. supra Partie I) semble caractérisée déjà dans sa description, de sorte que les divergences doctrinales ne semblent pas y avoir d'incidence. C'est une autre question celle de l'établissement dans chaque cas particulier du concours de ces éléments, caractérisant l'existence du montage que nous étudions et de la fraude. L'existence d'une dissociation de siège réel et de siège statutaire aboutissant à l'application d'un droit national différent non frauduleuse semble d'ailleurs plutôt théorique, sauf en cas de changement de contrôle après constitution. Pour des cas dans lesquels la fraude a été retenue par la jurisprudence française v. supra note.

tendance plus générale d'adopter la théorie de l'apparence, on devrait donner en cas de conflit la préférence aux tiers qui se sont de bonne foi fiés à l'apparence d'une société étrangère valable et avec personnalité morale.

### **Les solutions du droit grec**

La jurisprudence grecque en matière de sociétés constituées comme étrangères mais ayant leur siège réel en Grèce est beaucoup plus fournie que celle française et l'ensemble du problème fait l'objet d'un intérêt vif du monde juridique, à cause de l'importance du montage en cause dans la vie juridique grecque (v. supra). Dans un premier temps, la jurisprudence a appliqué le droit grec aux sociétés organisant une dissociation de leur siège statutaire et de leur siège réel dans le but d'évincer l'application de l'ordre public sociétaire grec et elle a confirmé la théorie du siège réel comme critère de la *lex societatis* applicable aux sociétés<sup>1252</sup>. Un arrêt plus récent d'Areios Pagos a d'ailleurs posé très clairement les termes de la question de la relation entre le montage que nous étudions, l'ordre public et l'entreprise: selon cet arrêt, le droit grec ne peut laisser aux particuliers le libre choix de la *lex societatis* applicable, comme c'est le cas avec le droit applicable aux contrats (art. 25 AK), d'une part parce que la société comme personne morale sujet du droit ne concerne pas seulement les contractants, mais aussi l'ensemble des actionnaires et des tiers ainsi que l'Etat du siège réel, d'autre part parce que le droit des sociétés, notamment celui des sociétés anonymes, a un caractère prononcé d'ordre public et les parties ne devraient pas pouvoir l'écarter avec leur simple volonté par la dissociation du siège réel et du siège statutaire<sup>1253</sup>. La confirmation de la théorie du siège réel par la jurisprudence dans les années 1970 et l'application du droit grec aux sociétés constituées à l'étranger, mais ayant leur siège réel en Grèce, a pourtant laissé de nombreuses sociétés en situation d'irrégularité, car les sociétés en cause, tout en étant grecques, n'avaient pas été constituées selon les prescriptions impératives du droit grec (v. Partie I sur ces prescriptions, notamment pour les sociétés anonymes du droit grec –AE et ci-dessous sur les conséquences de cette irrégularité). La réaction du monde des affaires et notamment des armateurs a obligé ainsi en 1978 le gouvernement grec de l'époque à légiférer le plus vite possible pour faire face au problème né, en excluant l'application de la théorie du siège réel pour des catégories entières de sociétés. Ainsi, selon la loi 791/1978 est pratiquement exclue toute recherche du siège réel pour ce qui concerne la détermination de la *lex*

---

<sup>1252</sup> Ainsi notamment – consacrant la jurisprudence antérieure des juges du fond – Areios Pagos (As. PA) 461/1978. EEmpD 1979, p. 251, El. D/ni 1978, obs. P. Tzifras. L'arrêt a confirmé la compétence des tribunaux grecs pour avancer au contrôle selon le droit grec d'une société anonyme constituée selon le droit panaméen, mais dont le siège réel se trouvait au Pirée.

<sup>1253</sup> Ainsi Areios Pagos (As. PI) 2/2003, précité.

societatis en matière de constitution et de capacité de jouissance pour les sociétés s'activant dans le commerce maritime et ayant été constituées selon un droit étranger, pourvu qu'elles soient propriétaires ou gérantes ou qu'elles aient été dans le passé propriétaires ou gérantes d'un navire portant le pavillon grec, ainsi que pour les sociétés avec le même objet s'étant implantées en Grèce selon des lois spéciales concernant les investissements étrangers<sup>1254</sup>. Ces sociétés sont de la sorte désormais considérées pour le droit grec comme normalement constituées à l'étranger, indépendamment de la localisation de leur siège réel en Grèce, échappant ainsi à la *lex societatis* grecque pour ce qui concerne leur constitution et capacité juridique. Il s'agit bien sûr d'une exception – ou mieux d'une atteinte – de taille à la théorie du siège réel prévalant en droit grec, mais aussi d'une restriction volontaire de l'ordre public sociétair grec face à la liberté contractuelle et l'autonomie privée, qui de la sorte dans le domaine de la loi 797/1978 peut librement choisir la *lex societatis* convenable, même pour les entreprises ayant leur siège réel en Grèce. Il s'agit d'ailleurs d'un exemple d'un montage pratiqué par un groupe puissant, montage qui, bien qu'au début juridiquement condamnable, parvient finalement à la légalisation par le biais de la pression exercée sur les pouvoirs publics. Néanmoins, la loi 791/1978, introduisant une exception au principe du siège réel comme critère de rattachement de la société et d'application de la *lex societatis*, est d'interprétation stricte, la théorie du siège réel continuant ainsi à être applicable aux sociétés se trouvant en dehors du domaine d'application de la loi en cause (sociétés maritimes n'ayant pas ou n'ayant pas eu dans le passé la propriété ou la gestion d'un navire avec le pavillon grec, ou ne s'étant pas implantées en Grèce selon la législation spéciale concernant les investissements étrangers, ou sociétés avec comme objet une activité industrielle ou commerciale autre que maritime). Si ces catégories de sociétés ne bénéficiant pas du dispositif de la loi 791/1978 sont constituées à l'étranger tout en ayant leur siège réel en Grèce, elles ressortissent du droit grec des sociétés, par application du droit commun grec sur la nationalité des sociétés et le droit applicable aux sociétés, qui adopte le système du siège réel. La jurisprudence grecque constate ainsi la fraude à la loi grecque et leur applique par conséquent le droit grec, en prononçant, s'il s'agit de sociétés de capitaux (comme c'est classiquement le cas), leur nullité pour non observation des formalités impératives de publicité du droit grec. Elle procède aussi sur le fondement d'ordre public du *numerus clausus* des sociétés commerciales grecques à leur requalification en sociétés en nom collectif créées de fait

---

<sup>1254</sup> Sur cette loi v. P. Tzifras, obs. précitées sous *Areios Pagos* (As. Pl.) 461/1978, A. Metallinos in «Droit de l'AE» (sous la direction d' E. Perakis), t. 1, p. 668-670. Il est aussi à noter que le critère du siège réel est aussi exclu selon des conventions bilatérales de la Grèce pour les sociétés américaines et chypriotes.

entre les dirigeants et les associés, si elles ont exercé publiquement une activité commerciale, avec comme conséquence la responsabilité indéfinie et solidaire pour les dettes sociales des associés en nom (v. supra Partie I sur la construction des sociétés en nom de fait pour les sociétés non immatriculées mais exerçant publiquement en tant que telles une activité commerciale)<sup>1255</sup>. Comme nous avons vu dans la Partie I, la solution de la qualification de la société non publiée mais exerçant une activité commerciale en société en nom collectif de fait présente une ressemblance avec la solution possible en droit français de la requalification des sociétés devant normalement acquérir la personnalité morale mais non immatriculées bien qu'elles développent une activité économique comme telles en sociétés créées de fait ; il y a pourtant cette différence importante que la société en nom collectif de fait du droit grec est traditionnellement vue comme acquérant une personnalité morale même anormale et fragile, solution plus protectrice pour les créanciers sociaux et leur gage sur les biens de la société que celle de la société créée de fait du droit français, qui n'a pas la personnalité morale et par conséquent elle ne peut pas acquérir des biens (mais, comme nous avons vu ci-dessus, le principe de la protection de l'apparence peut donner en droit français une égale protection aux créanciers sociaux de la société pseudo-étrangère). La construction des sociétés en nom collectif de fait est essentiellement aujourd'hui expressément consacrée par le droit grec pour les sociétés en nom collectif non immatriculées exerçant publiquement une activité commerciale (art. 251 L4072/2012 – les sociétés en cause ont selon cet article la capacité juridique de jouissance et celle d'ester et d'être assignées en justice et leur sont par analogie applicables les dispositions sur la société en nom collectif) ; cette disposition est applicable aussi aux autres sociétés de personnes commerciales du droit grec et, peut-on dire, par analogie aux autres sociétés relevant du droit grec non immatriculées mais exerçant publiquement une activité commerciale, y compris celles se présentant comme sociétés étrangères. Il est aussi à noter

---

<sup>1255</sup> La jurisprudence grecque écarte notamment la thèse selon laquelle le décret-loi 89/1967 contiendrait une règle de droit international privé, adoptant la théorie du siège statutaire pour les sociétés constituées à l'étranger mais venant s'implanter en Grèce selon ce décret, comme elle écarte l'application analogique de la loi 791/1978 aux sociétés industrielles et commerciales. Pour des cas de qualification d'une société pseudo-étrangère en société en nom collectif de fait v. notamment l'arrêt précité d'Areios Pagos (As. Pl.) 2/2003 (application à la société pseudo étrangère de capitaux des critères du droit grec pour la capacité de faillite de la société en nom collectif), mais aussi Eph. (CA) Pirée 1165/1996 (responsabilité personnelle et solidaire des actionnaires pour les dettes sociales d'une société libérienne exploitant un navire avec un pavillon étranger, ayant son siège réel au Pirée), Mon. Prot. (TI) Pirée 3433/2000 DEE 2000 p. 983. (saisie conservatoire pour les dettes sociales des biens appartenant personnellement aux actionnaires d'une société panaméenne ayant son siège réel en Grèce, exploitant un navire avec un pavillon étranger et ne s'étant pas établie en Grèce selon le décret-loi 89/1967). Selon un auteur grec les participants aux sociétés off-shore pseudo-étrangères s'efforcent de « troubler les eaux » en faisant fonctionner les organes de leur société en Suisse – v. L. Athanassiou, observations précitées sous Areios Pagos (As. Pl.) 2/2003.



que la jurisprudence grecque – à la différence du droit français – reconnaît dans certains cas aux sociétés pseudo-étrangères ayant leur siège réel en Grèce la possibilité d'évoquer à leur profit à l'égard des tiers la dissociation de leur siège réel et de leur siège statutaire<sup>1256</sup>. Un autre aspect important de la question des sociétés grecques pseudo-étrangères est que la jurisprudence et la doctrine grecques, dans le cadre de leur interprétation restrictive de la loi 797/1978, refusent de reconnaître la création d'un régime différent de droit international privé même pour les sociétés se trouvant dans le champ de cette loi. La conséquence en est que les sociétés en cause, en dehors de la question de leur constitution et capacité juridique, sont réputées des sociétés grecques, auxquelles le droit grec est applicable. La jurisprudence les considère ainsi des sociétés de capitaux grecques de fait, en les rapprochant au type social du droit grec leur correspondant, et elle les examine du point de vue d'un abus éventuel de personnalité morale tel que défini en droit grec, en levant le voile de cette dernière si l'abus est établi (v. supra Partie I sur la notion d'abus de personnalité morale en droit grec, les critères utilisés par la jurisprudence et la doctrine pour l'établir et ses effets). Elle leur applique aussi le droit grec pour ce qui concerne l'appréciation de la compétence des tribunaux grecs et de leur capacité de faillite. On doit souligner toutefois que la dissociation artificielle du siège réel et du siège statutaire dans un but de fraude à la loi grecque n'est pas réputée par la jurisprudence comme ipso facto constitutive d'abus de personnalité morale, même combinée avec l'existence d'un seul actionnaire, bien que la fraude à la loi soit selon la doctrine et la jurisprudence grecques un des fondements de l'abus de personnalité morale<sup>1257</sup>. En tout cas, la situation actuelle du

---

<sup>1256</sup> Ainsi Areios Pagos (As. Pl.) 2/1999 Episk ED, 1999 p. 451, note K. Pamboukis (la société constituée en dehors de la Grèce et ayant son siège réel sur le territoire grec peut assigner en justice devant les tribunaux grecs son assureur étranger après la perte de son navire, sur le fondement des art. 837, 53 de la Convention de Bruxelles, permettant à l'assuré d'assigner l'assureur à l'Etat de son domicile ou de son siège (de l'assuré), l'assuré pouvant de la sorte invoquer à son profit son siège réel en Grèce.

<sup>1257</sup> V. ainsi Mon. Prot. (TI) Pirée 1352/1992, précité (exercice d'une entreprise individuelle par le biais d'une société unipersonnelle se présentant comme étrangère établie en Grèce selon les lois spéciales impliquant l'application de la loi 797/1978 ; le tribunal constate que cette dernière loi concerne seulement la question de la constitution et de la capacité juridique des sociétés, que la société en cause constituée selon le droit étranger mais ayant son siège réel en Grèce est similaire aux sociétés anonymes grecques et que la question de la responsabilité de l'actionnaire pour les dettes sociales relève ainsi du droit grec sur les AE ; il refuse pourtant de considérer que le montage en cause est constitutif ipso facto d'une utilisation abusive de la personnalité morale de la société visant à la fraude aux droits des créanciers, à défaut des éléments spécifiques de ce dernier), P. Prot. (TGI) Pirée 1676/2003, précité (même caractéristiques de la société et même raisonnement du tribunal, avec cette différence que la société en cause est aussi réputée d'une manière contradictoire, semble-t-il, comme société en nom collectif de fait pour défaut de constitution selon les prescriptions du droit grec sur les sociétés anonymes ; pourtant, cette dernière considération semble contraire à la loi 797/1978, elle rendrait sans intérêt le recours à l'abus de personnalité morale, car pour les associés en

droit grec en matière de la *lex societatis* applicable aux sociétés se présentant comme étrangères tout en ayant leur siège réel en Grèce n'est pas satisfaisante, avec un dualisme de régimes quant au critère de rattachement qui ne semble pas se fonder sur un critère objectif de différenciation entre ce qui se présente comme le régime de principe et ce qui se présente comme le régime d'exception et avec un dualisme de droits applicables aux sociétés de la loi 797/1978 (droit du siège statutaire pour la constitution et droit grec pour les autres questions). Une partie importante de la doctrine grecque propose ainsi une refonte du système actuel, avec généralisation du système de la loi 797/1978 et du partage de la matière entre le droit de constitution et le droit du siège réel, en voulant ainsi étendre à toutes les sociétés pseudo-étrangères la reconnaissance de la validité de leur constitution qu'offre pour certaines catégories d'elles cette loi<sup>1258</sup>.

### **L'intervention du droit communautaire**

Le traitement par le droit français et le droit grec du montage de la dissociation artificielle du siège statutaire et du siège réel de la société dans le but de l'éviction de l'application du droit national normalement applicable n'a pas pu échapper à l'impact du droit communautaire. Le droit communautaire reconnaît la liberté d'établissement dans tout pays membre de l'Union des sociétés ayant un rattachement avec l'Union, les critères du rattachement étant alternativement – outre bien sûr la constitution de la société selon la loi d'un Etat membre – l'existence du siège statutaire, du siège réel ou de l'établissement principal de la société à l'intérieur de l'Union (art. 54 TFUE)<sup>1259</sup>. On considérait pendant longtemps que ce dispositif n'influence pas les critères que chaque Etat membre utilise pour rattacher une société à son droit national et par conséquent pour appliquer à une société sa

---

nom il y a *ex lege* responsabilité pour les dettes de leur société, et en plus on pourrait se demander quel serait le sens d'une société en nom collectif de fait unipersonnelle ; en tout cas, le tribunal a utilisé la théorie de l'abus de la personnalité morale pour atteindre le maître de l'affaire pour les dettes sociales, non pas sur le fondement du caractère frauduleux *ipso facto* du montage en cause, mais sur celui du concours des critères spécifiques de ce dernier – v. *supra* sur cet arrêt du point de vue de la levée de la personnalité morale), Eph. (CA) Pirée 159/2004, EEmpD 2004, p. 319 (les sociétés constituées comme étrangères, ayant leur siège en Grèce et se trouvant dans le champ d'application de la loi 797/1978 ont la capacité de faillite selon les prescriptions du droit grec et sont déclarées en faillite par les tribunaux grecs). V. sur cet aspect K. Rigas, monographie précitée, p. 177 suiv. sur les différentes opinions proposées dans la doctrine grecque pour ce qui concerne le droit applicable en matière de la levée de la personnalité morale des sociétés pseudo-étrangères bénéficiant de la protection de la loi 791/1978.

<sup>1258</sup> Ainsi K. Pamboukis, L. Athanassiou dans leurs notes et observations précitées. V. dans le même sens l'opinion minoritaire dans l'arrêt d'Areios Pagos

<sup>1259</sup> V. A. Decocq -G. Decocq « Droit européen des affaires », no 309.

théorie de la fraude et ses sanctions<sup>1260</sup>. Mais en 1999 un arrêt de la CJCE a bouleversé la donne, en radicalisant l'interprétation du droit communautaire : l'arrêt en cause a ainsi considéré comme application normale de la liberté d'établissement, bénéficiant de la protection du droit communautaire, la constitution d'une société à un Etat membre adoptant le critère de l' « incorporation », dans le but de profiter des conditions plus lâches de constitution et de capital social exigé, mais en vue d'exercer la direction et l'ensemble de l'activité de la société en cause sous forme de « succursale » dans un autre Etat membre n'adoptant pas le critère du siège statutaire pour la détermination de la *lex societatis* ; la réaction de ce dernier Etat à ce montage – son refus de considérer la société en cause comme étrangère et de l'immatriculer comme telle – s'est trouvée de la sorte condamnée par le droit communautaire<sup>1261</sup>. La logique de cet arrêt a été confirmée par la jurisprudence postérieure de la CJCE <sup>1262</sup>. Cette dernière semble de la sorte écarter l'application de la théorie du siège réel dans les relations entre les États membres de l'Union et légitimer le montage de dissociation du siège réel et du siège statutaire entre deux pays membres différents, dans le but de promouvoir la concurrence entre les droits de sociétés des États-membres. Cette logique pénalise les droits de sociétés avec un ordre public développé, comme c'est le cas avec le droit français et le droit grec, et engendre des dangers d'une « race to the bottom » des droits de sociétés à l'intérieur de l'Union <sup>1263</sup>. On doit d'autre part remarquer que la majorité des sociétés pseudo-étrangères en Grèce ont leur siège statutaire en dehors de l'Union européenne (bien qu'il y ait aussi un nombre important de telles sociétés se présentant comme chypriotes) et ne peuvent pas invoquer la liberté communautaire d'établissement ; la jurisprudence grecque continue ainsi de leur appliquer – en dehors des exceptions importantes introduites par la loi grecque (v. supra)– la théorie du siège réel, avec les conséquences que nous avons présentées ci-dessus <sup>1264</sup>.

---

<sup>1260</sup> Ainsi A. Decocq -Decocq, *ibid.*

<sup>1261</sup> Arrêt *Centros Ltd*, 9 mars 1999, C. 212/97, R. I. 459 concl. Avoc. gén. A. La Pergola. La Cour n'exclut pas la réaction des Etats membres et de leur ordre public face à la fraude par le montage de dissociation du siège réel et du siège statutaire d'une société – elle retient toutefois une conception minimaliste de la fraude en la matière et des mesures que les droits nationaux peuvent prendre pour se protéger.

<sup>1262</sup> Arrêt *Uberseering*, 5 nov. 2002, att. C. 208/00 RI-9919, concl. Av. gén. D. Ruiz-Jarebo Colomer.

<sup>1263</sup> V. les réserves de A. et G. Decocq, *op. cit.* no 322 qui, en commentant l'arrêt *Centros* soulignent que « ... cette jurisprudence va au-delà des termes de l'article 49, dont, il faut rappeler qu'il n'attribue la liberté d'établissement secondaire qu'aux personnes "établies" dans l'Union. Elle revient à imposer à tous les Etats membres de s'aligner en fait sur les législations nationales en matière de sociétés les moins rigoureuses ».

<sup>1264</sup> V. en ce cas l'arrêt précité d'*Areios Pagos* (As. Pl.) 2/2003.

## **Section II. Les montages tendant à des formes sociales atypiques par l'utilisation des techniques du droit des sociétés**

Aussi bien le droit français que celui grec prévoient impérativement des *numerus clausus* de formes sociales – chacun d’eux avec sa liste propre de sociétés (v. supra, Partie I, Titre I pour ces listes et leurs différences) – dans le souci de garantir la sécurité juridique et la prévisibilité dans les relations économiques : les particuliers ne sont ainsi libres dans aucun de deux droit sous comparaison de créer de nouvelles formes sociales, au-delà de celles que la loi introduit. Pourtant, cette restriction d’ordre public peut souvent paraître rigide à certains particuliers, qui peuvent avoir des besoins spéciaux dans l’organisation de leurs relations sociétaires. Dans ces cas, les intéressés s’efforcent souvent d’utiliser les marges d’autonomie privée et de liberté contractuelle laissées à eux en droit des sociétés pour façonner, sur la base d’un type social prévu par loi, des formes sociales plus ou moins atypiques. Nous n’examinerons pas de la sorte de simples utilisations ponctuelles de l’autonomie privée et de la liberté contractuelle en droit des sociétés, mais des efforts d’utilisations de cette autonomie plus compréhensifs, dans le but de se mouvoir vers des formes sociales atypiques. Ces efforts n’entrent pas bien sûr en conflit direct avec l’ordre public sociétaire en introduisant des formes sociales explicitement nouvelles et non prévues par le droit des sociétés ; ils tendent toutefois au moins à aménager les effets de ce *numerus clausus* et de l’ordre public sociétaire le soutenant, en utilisant des formes sociales reconnues par la loi, tout en leur attribuant des caractéristiques que le législateur n’avait pas prévues. Il s’agit donc de montages tels que nous les avons définis dans notre Introduction, à savoir des constructions d’origine privée tendant à aménager les effets de l’ordre public sociétaire, et plus particulièrement du *numerus clausus* des formes sociales avec les éléments essentiels de chaque type social. Les montages en cause posent bien sûr une fois de plus la question de la relation entre ordre public et autonomie privée en droit des sociétés. Pour mettre la même question autrement, il s’agit de la coexistence au sein des sociétés d’une façon potentiellement conflictuelle de leur caractère d’une part comme expressions de l’autonomie privée, d’autre part comme expressions juridiques d’entreprises qui, tout en étant typiquement privées, n’en sont pas moins des nœuds de rencontre et d’interaction de plusieurs intérêts, mais aussi des formes de gouvernance économique privée, sur lesquelles la collectivité peut et doit avoir un droit de regard. Il est évident que la

réponse à ces questions favorisant plutôt l'une ou l'autre des caractéristiques des sociétés présentées ci-dessus influence essentiellement le point de vue sur le degré de liberté de maîtrise laissée aux associés sur les formes sociales qu'ils adoptent et la possibilité de leur aménagement. En tout cas, les efforts des particuliers d'aménager les formes sociales prévues par la loi ne doivent en aucun cas porter atteinte aux éléments essentiels et d'ordre public de chaque type social légal, bien qu'il ne soit pas toujours facile de préciser quand il y a dépassement de la liberté offerte aux particuliers et atteinte à un élément essentiel d'une forme sociale. Il est aussi à rappeler que ce qui nous intéressera dans cette question est l'utilisation de formes sociales atypiques comme formes juridiques d'entreprises, selon la destination typique et normale des sociétés. De la sorte, nous pourrions étudier l'impact des montages en cause dans l'organisation juridique des différents types d'entreprises, en laissant pour une étape ultérieure de notre étude l'approche de l'utilisation des sociétés – y compris de celles atypiques – dans des buts dérogeant à cette destination classique. Naturellement, notre étude commencera avec l'approche comparée en droit français et en droit grec des montages tendant à des formes sociales atypiques avec comme types de base des sociétés de personnes (Paragraphe 1) et elle va continuer avec l'étude de montages dans le même but mais avec comme types de base des sociétés de capitaux (Paragraphe 2).

### **Par. 1 : Les efforts de produire des formes sociales atypiques avec comme types de base des sociétés de personnes**

Les efforts tendant à produire des formes sociales atypiques sur le fondement d'un type légal de sociétés de personnes peuvent être divisées selon les modalités utilisées pour la poursuite de ce but, modalités qui peuvent consister soit à l'utilisation de la liberté statutaire pour attribuer des éléments "capitalistes" à la société de personnes (A), soit même à la combinaison de formes sociales par le biais de la participation de sociétés de capitaux comme associés dans les sociétés de personnes (B).

#### **A. L'utilisation de la liberté statutaire dans le but d'attribuer des éléments "capitalistes" aux sociétés de personnes**

##### **Généralités**

Comme nous avons vu dans la Partie I, les sociétés de personnes sont dans les deux droits sous comparaison laissées largement au domaine du supplétif, à cause de la

responsabilité indéfinie ou même solidaire des associés pour les dettes sociales et du fort lien d'intuitus personae existant normalement entre associés dans ces types de sociétés, conçues typiquement comme destinées à des nombres restreints de participants et à former l'expression juridique d'entreprises en commun étroitement liées aux personnes de leurs fondateurs. Cette prépondérance du supplétif en matière de sociétés de personnes ne signifie pas bien sûr que le droit français et le droit grec n'aient pas de dispositifs d'ordre public même minimum pour ces types de sociétés (v. supra Partie I sur ces dispositifs). Ce qui nous intéressera à cette place est l'effort des particuliers de donner des éléments « capitalistes » aux sociétés de personnes, à savoir de leur attribuer des caractéristiques typiquement rencontrées dans les sociétés de capitaux, en tendant vers des formes sociales atypiques, avec un cumul possible des avantages offerts par les différents types sociaux. Cet effort est plus caractérisé, semble-t-il, en Grèce –mais en tout cas il rencontre des limites dans les deux droits sous comparaison.

#### **Finalités, modalités et limites des constructions tendant à des sociétés de personnes « capitalistes »**

Le premier objet d'aménagement contractuel tendant à des sociétés de personnes atypiques concerne pour le droit grec l'introduction statutaire d'un capital social pour celles-ci. Comme nous avons vu dans la Partie I, la prévision statutaire d'un capital social n'est pas d'ordre public en droit grec pour les sociétés de personnes, le bénéfice est défini pour ces types sociaux de manière différente que dans les sociétés de capitaux, comme augmentation de la valeur nette du patrimoine social d'un exercice à l'autre, sans référence à la valeur des apports initiaux, et les associés ont une grande liberté de décider des distributions, les statuts pouvant prévoir des distributions même en cas d'absence de bénéfices, une liberté reconnue sur le fondement de la responsabilité indéfinie ou même solidaire des associés des sociétés de personnes pour les dettes sociales<sup>1265</sup>. On rencontre toutefois assez souvent dans la pratique grecque l'introduction dans les statuts des sociétés de personnes commerciales essentiellement d'un capital social, avec prévision d'inscription de la valeur des apports au passif de la société, comme c'est le cas de droit impératif pour les sociétés de capitaux (v. supra, Partie I sur ce dispositif d'ordre public dans les

---

<sup>1265</sup> V. N. Rokas, op. cit., p. 63-65.

différentes formes de sociétés de capitaux du droit grec)<sup>1266</sup>. L'objectif de cette introduction statutaire d'un dispositif essentiellement de capital social est de renforcer l'autonomie patrimoniale de la société et de l'entreprise par elle exprimée juridiquement face aux associés ainsi que le crédit de la société, en subordonnant la "créance" des associés sur la société exprimée par le capital social à celles des créanciers. Les statuts des sociétés grecques de personnes en cause interdisent ainsi les distributions durant la vie sociale diminuant l'actif net au dessous de la valeur du capital social statutaire et éventuellement des réserves prévues par les statuts. La situation est assez différente en droit français, parce que ce dernier prévoit impérativement l'introduction statutaire d'un capital social pour tout type de société (art. 1843-2 C.civ.) et en plus il émet un principe d'ordre public d'intangibilité du capital social annoncé pour toutes les sociétés commerciales (L232-11 al. 3 C.com.)<sup>1267</sup>. Nous voyons de la sorte que le droit français prévoit impérativement pour ses formes de sociétés de personnes ce qui est le produit d'un montage en droit grec. On ne devrait pas pourtant exagérer la différence, car le droit français ne prévoit pas de minimum obligatoire pour le capital social des sociétés de personnes, ni un dispositif impératif de protection des créanciers sociaux dans le cas de réduction du capital social décidée par les associés ; il ne prévoit pas d'ailleurs pour les sociétés de personnes un délit de distribution de dividendes fictifs, à la différence des sociétés de capitaux (L241-3, L242-6-1 C. com.) – mais les associés qui en connaissance de cause ont perçu des dividendes irrégulièrement distribués ont à l'égard de la société une obligation de restitution (L232-17 C.com., disposition commune pour toutes les sociétés commerciales)<sup>1268</sup>. Pareille est bien sûr a fortiori la situation en droit grec, où l'introduction même d'un capital social n'est pas obligatoire pour les sociétés de personnes, les associés pouvant procéder librement à une réduction ou suppression du capital social statutaire selon les modalités de la modification des statuts (v. supra Partie I pour ces modalités en droit grec) ou décider à l'unanimité pour un exercice donné une distribution en principe non permise par les statuts. Nous voyons de la sorte que l'introduction statutaire d'un capital social dans les sociétés de personnes grecques n'aboutit en aucun cas à l'offre aux créanciers sociaux de garanties analogues à celles traditionnelles – de droit impératif – liées à la notion du capital social dans les sociétés de capitaux. D'autre part, on devrait rappeler que la notion de capital social est mise en

---

<sup>1266</sup> V. N. Rokas, op. cit., p. 64.

<sup>1267</sup> V. A. Lecourt « Capital social », in Répertoire des sociétés Dalloz, spéc. nos 139 suiv.

<sup>1268</sup> Une exception d'incrimination de la distribution de dividendes fictifs par une société de personnes existe pour les sociétés civiles offrant des titres au public. Selon l'art. L232-17 C.com. la société a le droit de demander la répétition de dividendes illégalement distribués, si elle peut établir que les bénéficiaires avaient connaissance du caractère irrégulier de la distribution au moment de celle-ci ou ne pouvaient l'ignorer compte tenu des circonstances.

cause même dans les sociétés de capitaux, avec reconnaissance de types sociaux à risques limités essentiellement à capital zéro dans les deux droits sous comparaison (v. supra Partie I).

Le second aspect traditionnel des sociétés de personnes que les associés peuvent vouloir aménager statutairement est leur caractère fermé et *intuitu personae*. La pratique grecque exploite ainsi la possibilité offerte par le droit grec de rendre statutairement même librement transmissibles les participations sociales dans les sociétés de personnes, participations qui sont en principe – mais de droit supplétif – intransmissibles et de droit impératif insaisissables (v. supra, Partie I). Le droit français est toutefois plus restrictif en la matière, car, comme nous avons vu dans la Partie I, les parts sociales de la SNC peuvent être cédées seulement à l'unanimité des autres associés, cette disposition étant d'ordre public (L221-13 C.com.- v. supra Partie I sur la transmission entre vifs des parts sociales dans les autres formes de sociétés de personnes en droit français) ; une limite importante d'ordre public est ainsi posée à la faculté des particuliers de se mouvoir vers des sociétés de personnes « ouvertes ». En plus - des limites communes d'ordre public pour les deux droits sous comparaison –, comme nous avons vu dans la Partie I, les participations ou parts sociales des sociétés de personnes ne peuvent pas revêtir la forme du titre négociable et les associés indéfiniment responsables sortants restent personnellement responsables et traînent avec eux les dettes sociales nées avant leur sortie de la société<sup>1269</sup>. En plus, en droit grec les statuts ne peuvent pas même diviser la participation sociale de chaque associé d'une société de personnes en plusieurs parts sociales<sup>1270</sup>. Il résulte de ces développements que la plus grande liberté statutaire du droit grec en matière de la transmissibilité des participations sociales des sociétés de personnes ne peut en aucun cas aboutir à l'attribution à ces participations de caractéristiques similaires à celles de l'action et devenir ainsi un instrument pour une concentration importante de capitaux. Le droit français semble quant à lui encore plus attaché à la protection des éléments caractéristiques des sociétés de personnes pour ce qui concerne la transmission des parts sociales. Nous devons en plus rappeler que les deux droits sous comparaison permettent traditionnellement l'introduction de clauses statutaires prévoyant la continuation de la

---

<sup>1269</sup> On peut toutefois mentionner en droit français l'exception de la société civile de placement immobilier du droit français qui peut émettre des titres financiers offerts au public (art. 214-50 suiv. C.mon. fin.)- pourtant, il ne s'agit pas de véritables sociétés civiles- v. M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy, op. cit., no 1229, qualifiant la forme sociale en cause de monstre juridique. Pour le reste v. L221-13 C.com. et pour le droit grec v. N. Rokas, p. 100, 137 suiv..

<sup>1270</sup> V. N. Rokas op. cit. p. 56, 513. Toutefois, la cession partielle d'une participation sociale est permise.



société de personnes en cas de mort, faillite ou incapacité d'un associé, clauses qui rendent de la sorte la société plus indépendante face aux situations personnelles de ses associés et effectuent un certain rapprochement avec les sociétés de capitaux (L221-15, L222-10 C.com., 773 suiv. AK- v. en plus supra Partie I sur la réforme de 2012 du droit grec des sociétés de personnes qui prévoit que la mort, faillite ou incapacité d'un associé ne sont pas désormais des causes de dissolution ex lege des sociétés commerciales de personnes avec personnalité morale mais des causes- de droit supplétif- d'exclusion de l'associé ou de ses héritiers de la société, la réforme venant consolider les sociétés commerciales de personnes grecques, en dispensant du recours à des clauses statutaires de continuation)<sup>1271</sup>. Il est aussi à noter que le droit grec prévoit traditionnellement un droit de chaque associé de résilier par acte unilatéral la société de personnes s'il a une cause grave pour la résiliation, dispositif d'ordre public, qui vient réaffirmer le caractère d'intuitu personae des sociétés de personnes grecques, en les distinguant des sociétés de capitaux (766 AK –v. toutefois supra Partie I sur la réforme de ce dispositif en 2012, avec introduction pour les sociétés commerciales de personnes avec la personnalité morale, au lieu du droit d'ordre public de la résiliation par acte unilatéral, d'une possibilité ex lege de chaque associé de demander en justice la dissolution de la société pour cause grave, la réforme allant dans le sens de la consolidation des sociétés commerciales de personnes grecques et de l'atténuation de leur différence sur ce point avec les sociétés de capitaux ; mais la prévision statutaire d'un droit de résiliation est possible – v. infra sur la question de la licéité de l'introduction statutaire d'un droit de résiliation dans les sociétés de capitaux)<sup>1272</sup>.

Le troisième aspect du montage en cause est l'effort d'introduire dans les sociétés de personnes une structure de pouvoir inspirée de celle des sociétés de capitaux, avec exclusion des associés de la gestion courante et externe de la société, cette gestion étant confiée à un organe de direction collectif ou unipersonnel, et avec introduction d'un dispositif de majorité suivant la participation dans le capital social pour la prise de décisions dans les assemblées des associés (v. supra Partie I sur les possibilités offertes en ce sens par le supplétif des deux droits sous comparaison)<sup>1273</sup>. Cette construction statutaire peut théoriquement permettre la création de sociétés avec un nombre élevé d'associés, la gestion de la société n'étant pas paralysée par leurs désaccords éventuels ou, inversement, ne subissant pas les aléas de la gestion individuelle par chacun des associés. Toutefois,

---

<sup>1271</sup> Le droit français interdit toutefois la continuation de la société en nom avec un héritier mineur – la société doit soit être transformée en commandite dans un délai d'un an de la mort de l'associé, avec l'héritier comme commanditaire soit être dissoute (L221-15 C.com.).

<sup>1272</sup> Sur cet article v. V. Antonopoulos « Droit des sociétés de personnes », p. 241 suiv.

<sup>1273</sup> V. V. Antonopoulos, op. cit., p. 20.

une fois encore des limites se présentent dans les deux droits sous comparaison quant à l'aménagement des sociétés de personnes suivant un modèle inspiré par la structure du pouvoir dans les sociétés de capitaux : il s'agit d'abord en droit grec du principe réputé d'ordre public dit d'autogestion des sociétés de personnes, principe inspiré du droit allemand (v. supra Partie I), selon lequel seulement des associés indéfiniment responsables pour les dettes sociales peuvent assumer la gestion de ces sociétés. Ensuite, c'est le principe d'ordre public d'unanimité pour la révocation du gérant associé statutaire pour la SNC française (L221-12 C.com.) – mais d'autre part, comme nous avons vu dans la Partie I, le droit français ne connaît pas un principe d'autogestion pour ses sociétés de personnes<sup>1274</sup>. Plus généralement, traditionnellement le gérant de la société de personnes ne peut avoir à l'égard des tiers le pouvoir du dirigeant de la société de capitaux, avec la possibilité d'ordre public d'engagement de la société à l'égard des tiers de bonne foi même pour des actes dépassant l'objet social- v. pourtant supra Partie I sur la réforme du droit grec des sociétés commerciales de personnes, reconnaissant pour ces sociétés ayant la personnalité morale leur engagement à l'égard des tiers de bonne foi même par des actes des gérants dépassant l'objet social, disposition d'ordre public qui opère une atténuation ex lege importante des différences entre sociétés de capitaux et sociétés de personnes en la matière. On pourrait dire plus généralement qu'introduire dans les sociétés de personnes un dispositif de pouvoir inspiré des sociétés de capitaux présente des dangers, parce que les associés ne risquent pas seulement leurs apports, mais l'ensemble de leur patrimoine, et en plus il n'y a pas, à la différence des sociétés de capitaux, un dispositif impératif de contrôles et de protection des minoritaires. La doctrine grecque s'efforce de faire face aux problèmes nés de l'introduction du principe majoritaire dans les sociétés de personnes par le biais du recours comme limites du pouvoir majoritaire au principe d'égal traitement et à l'obligation de loyauté des associés des sociétés de personnes (art. 747 AK – v. supra Partie I sur cette obligation et son noyau éventuel d'ordre public), mais aussi aux clauses générales d'ordre public économique du droit grec des bonnes mœurs et de la prohibition de l'abus de droit. Elle s'efforce en plus de dégager une notion de noyau d'ordre public de la participation sociale dans les sociétés de personnes, noyau qui ne peut être atteint ni par les décisions majoritaires ni par les statuts. Il est aussi à rappeler que la doctrine dominante grecque exige une spécialisation par les statuts des sujets pour lesquels les statuts introduisent le

---

<sup>1274</sup> Sur le principe d'autogestion des sociétés de personnes v. Areios Pagos (As. Pl.) 13/1997 EEmp.D 1997, 578 obs. D. Tzouganatos, N. Rokas op. cit., op. 73-74.

principe de majorité dans les sociétés de personnes<sup>1275</sup>. Dans la même source des montages avec utilisation de la liberté statutaire pour produire des formes atypiques de sociétés de personnes avec des éléments « capitalistes », on pourrait faire référence à une pratique mentionnée par la doctrine grecque et consistant à un effort de déplacer le pouvoir dans les sociétés commandites vers l'associé commanditaire, de sorte que ce dernier devienne le dirigeant essentiel de la société<sup>1276</sup>. Il s'agit de prévisions statutaires imposant l'approbation du commanditaire pour toute décision importante de gestion de la société et pour tout acte juridique important de cette dernière, de sorte que se trouve renforcé le pouvoir de l'apporteur de capitaux dans la société, même par une technique qui n'est pas empruntée aux sociétés de capitaux (dans ces dernières la tendance est d'exclure les associés de l'immixtion dans la gestion). Le montage en cause a comme limite d'une part l'interdiction de l'immixtion du commanditaire dans la gestion externe et la représentation de la commandite (v. pourtant supra Partie I sur la réforme du droit grec en 2012, ayant permis sous conditions au commanditaire d'assumer même la gestion externe de la commandite en maintenant sa responsabilité limitée), d'autre part l'égalité des associés, le commandité ne pouvant pas être seulement une personne obéissant aux directives du commanditaire, sous risque d'inexistence de poursuite d'un but commun par les associés, élément essentiel des sociétés de personnes grecques (v. supra, Partie I). La construction en cause bénéficiait du régime traditionnel des sociétés grecques de personnes, avec la possibilité offerte d'introduction de clauses statutaires limitant même les pouvoirs de représentation du gérant, en les faisant dépendre de l'autorisation des autres associés ; pourtant, aujourd'hui, après la réforme de 2012, les clauses restreignant les pouvoirs des gérants des sociétés grecques de personnes ayant la personnalité morale sont, à l'instar du droit français et comme dans les sociétés de capitaux, inopposables aux tiers (v. supra, Partie I). Bien sûr, en aucun des deux droits sous comparaison les associés d'une société de personnes ne peuvent par clause statutaire limiter leur responsabilité indéfinie et même solidaire à l'égard des créanciers sociaux, comme c'est le cas pour les sociétés de capitaux (sauf bien sûr dans les cas prévus par la loi, notamment dans le cas des associés commanditaires- v. supra Partie I sur les incertitudes quant à la responsabilité indéfinie des associés des sociétés civiles du droit grec ayant acquis la personnalité morale) ; des clauses statutaires de limitation de

---

<sup>1275</sup> Sur ces questions v. (en grec) M-Th Marinos in « Droit des sociétés de personnes » (dir. N. Rokas), t. 1, p. 78-79.

<sup>1276</sup> V. sur cette construction N. Rokas, op. cit., p. 159 (les statuts peuvent être façonnés de telle manière que le commanditaire concentre essentiellement entre ses mains la direction de la société). Pour ces constructions en droit allemand v. M. Fromont « Droit allemand des affaires », no 436.

responsabilité jusqu'au montant des apports ne peuvent ainsi avoir d'effet qu'entre associés et son nuls à l'égard des tiers<sup>1277</sup>.

### **Appréciation du montage en cause**

La doctrine grecque donne une importance assez grande au montage de l'utilisation de la liberté statutaire pour introduire des formes sociales atypiques avec comme type de base des sociétés de personnes mais avec introduction d'éléments empruntés aux sociétés de capitaux. Pour les auteurs grecs, cette utilisation de l'autonomie de la volonté conduit à brouiller la division des sociétés – de provenance allemande et largement d'ordre public-entre sociétés de type « corporatiste » (destinées à un nombre important d'associés, avec libre alternance des personnes membres de l'entité, avec introduction impérative d'organes sociaux) et sociétés avec type de base la société de l'AK, de nature principalement contractuelle (v. sur ces distinctions supra Partie I)<sup>1278</sup>. Pour poser la question autrement, le montage que nous examinons tend à libérer les sociétés de personnes de leur destination initiale, à savoir d'être des structures juridiques des entreprises étroitement liées aux personnes de leurs fondateurs, pour leur permettre de devenir des formes juridiques d'entreprises plus solides et plus importantes. La doctrine française semble avoir consacré moins d'attention au montage en cause, peut-être parce que le droit français ne connaît pas la *summa divisio* des sociétés que nous avons présentée ci-dessus comme caractéristique du droit grec. En tout cas, on ne doit pas oublier que l'effet de donner aux sociétés de personnes certains des avantages des sociétés de capitaux présente les limites importantes que nous avons présentées ci-dessus.

## **B. La combinaison de formes sociales tendant à des sociétés de personnes atypiques**

### **Généralités**

Dans l'ensemble des procédés que nous abordons maintenant, l'effort d'attribuer des éléments capitalistes aux sociétés de personnes et de parvenir à la mise en place de formes sociales atypiques se fait par la participation de sociétés de capitaux comme associés d'une société de personnes, de sorte que les particuliers peuvent combiner les

---

<sup>1277</sup> V. N. Rokas, op. cit., p. 133.

<sup>1278</sup> V. Antonopoulos, op. cit., p. 20, N. Rokas, op. cit., p. 13.

avantages des sociétés de personnes et de sociétés de capitaux. La pratique utilise aussi bien en France qu'en Grèce principalement deux procédés, à savoir la mise en place d'une société en nom collectif dont tous les associés sont des sociétés de capitaux et la mise en place d'une société en commandite dont le commandité est une société à responsabilité limitée. Il faut toutefois relever que le premier de ces montages – la constitution d'une société en nom dont tous les associés sont des sociétés de capitaux – est le plus souvent une forme d'organisation d'une filiale commune de deux groupes de sociétés – c'est pourquoi nous allons l'étudier dans le Titre II de cette Partie, dans le cadre de l'approche plus générale du « montage structurel » du groupe de sociétés. A cette place nous nous bornerons à relever que le montage en cause a vécu des heures de « gloire » dans le cadre d'efforts d' « optimisation fiscale » bénéficiant de la législation fiscale spéciale pour les DOM-TOM français<sup>1279</sup>. Nous pouvons de la sorte nous consacrer à cette place à l'étude de la société en commandite « à responsabilité limitée », à savoir celle dont le commandité est une société à responsabilité limitée constituée ad hoc.

### **La société commandite à responsabilité limitée**

L'origine de la combinaison de la société en commandite simple et d'une société à responsabilité comme associé commandité de la première a comme modèle aussi bien en France qu'en Grèce la GmbH Co. Kg allemande<sup>1280</sup>. Le montage en cause, apparu en

---

<sup>1279</sup> Il s'agissait de constitutions de sociétés en nom collectif dont tous les associés étaient des EURL, constituant un effort de combiner les avantages du dispositif fiscal favorable pour les investissements aux DOM-TOM sous forme de sociétés en nom collectif – un régime privilégié de transparence fiscale – avec la limitation de la responsabilité et la possibilité de sortie offertes par les EURL. Les EURL en cause étaient fortement soupçonnées de fictivité – qui se répercutait sur les sociétés en nom – et le dispositif fiscal en cause donnant des incitations pour ce type de montage a été supprimé en 1998. V. J.-Ph. Dom, thèse précitée, nos 59 suiv., P. Diener « La société en nom collectif dont tous les associés sont des EURL », in dossier « Défisiscalisation DOM-TOM », Droit et patrimoine, 1995/5, p. 42.

<sup>1280</sup> La GmbH Co.Kg allemande a pris naissance dans la pratique au début du XXe siècle pour des raisons fiscales, à savoir dans le but d'éviter la double imposition dans les sociétés de capitaux, mais elle a pu se maintenir même après la réforme fiscale de l'Allemagne fédérale en 1976 ayant supprimé cette double imposition des sociétés de capitaux et de leurs associés. La GmbH Co.Kg a été pendant longtemps la cible de vives critiques de la doctrine allemande, mais elle a été reconnue comme licite d'abord par la jurisprudence (dès 1922 au niveau fédéral), pour être par la suite adoptée officiellement – bien que d'une façon disparate – comme forme sociale par le législateur en 1978 et en 1980. Aujourd'hui un nombre élevé de sociétés allemandes revêtent la forme de GmbH Co.Kg et cette forme sociale peut être même un instrument d'appel public à l'épargne. Pourtant, à la différence des sociétés commandites françaises et grecques, la GmbH Co.Kg, comme la simple Kg allemande, est réputée dépourvue de la personnalité morale, appartenant à la catégorie plus large et de définition débattue des « communautés en main commune », notion qui ne se retrouve pas ni en droit français ni en droit grec. V. sur la GmbH Co.Kg M. Fromont « Droit allemand des affaires », no 437 suiv., A. Guineret-Brobbe Dorsman, « La GmbH Co.Kg et la «commandite à responsabilité limitée française:

France, semble-t-il, dans les années 1980, a participé au renouveau de l'intérêt en général pour la forme sociale de la commandite simple<sup>1281</sup>. En Grèce, on a observé l'introduction de commandites à responsabilité limitée dès le début des années 1970<sup>1282</sup>. Les avantages que les parties poursuivent par la création d'une société commandite « à responsabilité limitée » doivent d'abord être mesurés par rapport à la société en commandite de type classique, type essentiellement commun dans les deux droits sous comparaison, instrument de coopération entre des associés simples apporteurs de capitaux et des associés plus actifs, assumant la gestion de la société (art. L222-1 à L222-2 C.com., historiquement 23-28, 39 EN et aujourd'hui 271 suiv. L4072/2012- v. supra, Partie I). Le premier objectif poursuivi par les intéressés avec le recours à la société commandite « à responsabilité limitée » peut ainsi être d'introduire la responsabilité en fait limitée de la personne physique qui serait destinée normalement à assumer le rôle de l'associé commandité, en assumant la gestion et représentation de la société à l'égard des tiers, avec comme "contrepartie" sa responsabilité indéfinie (et solidaire, en cas de plusieurs commandités) pour les dettes sociales<sup>1283</sup>. Ce premier objectif de limitation de responsabilité est poursuivi par la création d'une société à responsabilité limitée (SARL ou EPE), qui sera définie comme le commandité de la commandite et à laquelle sera confiée la gestion de cette dernière, possibilité permise dans les deux droits sous comparaison. Cette SARL / EPE sera totalement contrôlée par la personne qui aurait normalement la vocation à être le

---

une illustration de la liberté contractuelle en droit des sociétés », thèse LGDJ 1998, préface M. Fromont (not. p. 203 suiv. la qualification de la société en cause comme « communauté en main commune » et la relation de cette notion avec la personnalité morale).

<sup>1281</sup> V. sur l'apparition du montage en cause dans la pratique française la thèse précitée de Mme Guineret-Brobbeel Dorsman et celle de M. J.-Ph. Dom, nos 69 suiv. Plus généralement on doit remarquer que le renouveau de l'intérêt pour la forme de la commandite – pendant longtemps réputée en voie de disparition – est relatif : en 2009 existaient en France 815 sociétés en commandite simple, face à 28.000 sociétés en nom collectif – chiffres donnés par le Code Dalloz des sociétés et des marchés financiers, édition 2010 (par J.-P. Valuet et A. Lienhard), avec l'information supplémentaire que le chiffre en cause est en baisse.

<sup>1282</sup> La question de la société en commandite à responsabilité limitée a été étudiée pour la première fois, semble-t-il dans la doctrine grecque dans l'article du Pr. L. Kotsiris (en grec) « Le principe de la liberté contractuelle dans les types sociaux », EEN 1961, p. 816, spéc. p. 821 suiv. Il semble toutefois que l'auteur approchait la question comme une réalité allemande, qui éventuellement allait être introduite en Grèce, et que l'apparition de ces sociétés en Grèce est plus tardive. D'autre part, l'article du Pr. A. Kiantou-Pambouki (en grec) « Les facteurs influençant le choix de type social », Armenopoulos 1974, p. 1 suiv., not. p. 9, considère les sociétés en cause comme commençant à faire leur apparition en Grèce.

<sup>1283</sup> Pour des efforts parallèles dans la pratique française d'atteindre ce but par le biais de la dissimulation d'une société en nom collectif sous la forme d'une société en commandite fictive et l'application de l'art. L222-6 C. com. sur la responsabilité personnelle pour les dettes sociales au commanditaire (en fait commandité) s'étant immiscé à la gestion externe de la société v. A. Martin-Serf « Sociétés fictives et frauduleuses », article précitée, no 43.

commandité de la société (à savoir la personne apportant principalement son implication personnelle et quotidienne dans l'affaire sociale), la personne en cause pouvant assumer essentiellement la tâche de gérant de la commandite, en agissant comme gérant de la SARL ou EPE commanditées<sup>1284</sup>. L'introduction de SARL/EPE unipersonnelles dans les deux droits sous comparaison et la suppression du minimum obligatoire de capital social pour les SARL françaises et les EPE grecques (v. supra Partie I) facilitent bien sûr le montage en cause. Toutefois, on ne doit pas surestimer la réussite de ce montage dans la limitation de la responsabilité personnelle de tous les associés de la commandite, car les créanciers principaux de la société - normalement les banques - n'omettront pas de demander des garanties personnelles par l'associé principal de la SARL/EPE commandité<sup>1285</sup>. Le second avantage recherché par le biais de la société commandite "à responsabilité limitée" peut consister à sens inverse à permettre aux commanditaires une immixtion dans la gestion externe de la commandite, immixtion qui leur est normalement prohibée aussi bien en droit français qu'en droit grec, sous peine d'engagement de leur responsabilité personnelle et même solidaire pour les dettes sociales (L222-6 C.com., 278 L4072/2012- v. pourtant supra Partie I sur l'atténuation de cette prohibition par la réforme récente du droit grec des sociétés de personnes, le commanditaire pouvant assumer la gestion de la société avec maintien de sa responsabilité limitée à l'égard des tiers qui ont contracté avec lui comme représentant de la société en connaissance de sa qualité de commanditaire)<sup>1286</sup>. La constitution par les commanditaires d'une SARL/EPE désignée comme commanditée et gérant de la commandite, avec nomination comme gérant de la SARL/EPE d'un associé commanditaire permet en tout cas l'immixtion de ce dernier dans la gestion externe et courante de l'affaire sociale, avec maintien de sa responsabilité limitée, à savoir un résultat traditionnellement prohibé par les deux droits sous comparaison dans sa forme directe et « sincère » pour la commandite simple. Le recours à la commandite « à responsabilité limitée » peut avoir en plus un intérêt supplémentaire en droit grec, car la

---

<sup>1284</sup> V. art. L 221-3 C.com – disposition applicable aussi aux commandites – pour la possibilité de confier à une personne morale la gérance de la société en nom collectif. En droit grec, rien n'empêche la possibilité de confier la gestion d'une société de personnes à une société ayant la personnalité morale et participant à la première comme associé.

<sup>1285</sup> Ainsi A. Guineret-Brobbe Dorsman, thèse précitée, p. 149.

<sup>1286</sup> V. A. Guineret - Brobbe Dorsman, op. cit. p. 138. Pour le droit français l'associé commanditaire qui se serait immiscé dans la gestion externe de la société serait tenu solidairement avec les commandités pour les obligations résultant en principe de son immixtion. Pourtant, il y a possibilité suivant le nombre et l'importance des actes prohibés par lui effectués d'être réputé solidairement responsable pour toutes les dettes sociales. Par contre traditionnellement pour le droit grec – fidèle encore sur ce point au Code français de 1807 – l'associé commandité s'immisçant dans la gestion externe est réputée ipso facto solidairement responsable pour l'ensemble des dettes sociales.

jurisprudence grecque adopte pour les sociétés de personnes – dont le commandite simple – le principe réputé d'ordre public et de provenance allemande dit de l' "autogestion" de la société, selon lequel seul un associé à responsabilité indéfinie pour les dettes sociales – dans le cas de la commandite, traditionnellement son commandité – peut assumer la tâche de gérant, avec exclusion de personnes qui ne sont pas associés (v. supra Partie I). En constituant une EPE qui assume les rôles du commandité et du gérant de la commandite et en confiant – comme il est permis (art. 7 par.1 L3190/1955) à un tiers non associé de l'EPE ou de la commandite la gestion de l'EPE, on peut aboutir en fait à confier la gestion de la commandite elle-même à une personne physique qui n'est pas commandité ou même associé et n'a pas de responsabilité personnelle pour les dettes sociales<sup>1287</sup>. Cet aspect du montage n'a pas de raisons d'être en droit français, qui directement permet de confier la gestion de la commandite à un tiers non associé, n'acceptant pas un principe d'ordre public d'autogestion pour les sociétés de personnes. Un autre avantage du montage présenté par rapport à la commandite classique est en droit français de faciliter la transmission des parts sociales de la personne physique qui a vocation à assumer la tâche du commandité, les parts sociales du commandité étant soumises par le droit français à un régime plus sévère quant à leur transmission que la cession des parts des SARL (v. supra Partie I)<sup>1288</sup>. L'intérêt de cet aspect de montage est moindre en droit grec, car les statuts de la commandite peuvent prévoir même la libre transmissibilité de la participation sociale (v. supra Partie I sur la liberté statutaire en matière de la transmission de la participation sociale des sociétés de personnes). La commandite « à responsabilité limitée » peut d'ailleurs garantir une plus grande stabilité de l'entreprise sociale par rapport à la commandite classique : comme nous avons vu dans la Partie I, les deux droits sous comparaison prévoient traditionnellement la possibilité de la continuation de la commandite

---

<sup>1287</sup> Pour le principe d' « autodirection » ou d' « autogestion » en droit allemand et l'utilisation de la société en commandite « à responsabilité limitée » comme moyen de son éviction v. A. Guineret Brobbel Dorsman, p. 137.

<sup>1288</sup> L'art. L229-9 C.com reprend pour les commandites simples la prohibition – ayant un caractère d'ordre public – de cession des parts sociales de la SNC sauf à l'unanimité des associés, en introduisant toutefois certaines exceptions à la disposition de la liberté statutaire. Les statuts peuvent ainsi prévoir la libre cessibilité des parts des commanditaires entre associés et la cession des parts des commanditaires à des tiers non associés avec le consentement de tous les commandités et de la majorité en nombre et en capital des commanditaires. Pour ce qui concerne les parts des commandités, les statuts peuvent prévoir la cession sous les conditions présentées ci-dessus pour la cession des parts des commanditaires à un tiers mais cette liberté laissée aux statuts ne peut concerner qu'un part seulement des parts du commandité. Pour le régime de la cession des parts sociales de la SARL v. art. L223-14 suiv. C.com. et supra Partie I. Condition pour obtenir l'avantage en cause est le contrôle absolu du maître de l'affaire sur les associés de la SARL – sauf s'il préfère avoir recours à une EURL.



avec l'héritier en cas de décès du commandité (L222-10 C.com., 773, 774 AK, dispositions historiquement applicables à toutes les sociétés de personnes grecques – v. toutefois supra Partie I sur le nouveau dispositif du droit grec (art. 259 L4072/2012), prévoyant de droit supplétif l'exclusion ex lege des héritiers de l'associé défunt d'une société commerciale de personnes au lieu de sa dissolution de droit supplétif ; l'art. 281 L4072/2012 prévoit pourtant encore la dissolution ex lege de la commandite en cas de décès, sortie ou exclusion du commandité unique, sauf si une autre personne, auparavant commanditaire ou nouvel associé, assume dans les deux mois le rôle du commandité, l'art. 259 de la même loi étant pour le reste applicable en cas de décès du commandité) ; pourtant, l'héritier peut être réticent pour assumer ce rôle (étant donnée notamment sa responsabilité personnelle pour les dettes sociales) ou simplement incompétent pour le rôle en cause. La constitution de la commandite comme commandite à responsabilité limitée permet une latitude d'aménagement concernant le moment d'épreuve pour la société que constitue la mort de la personne la plus active à son sein (p. ex. de confier à un tiers la gestion de la SARL/EPE commandité gérante de la commandite ou le rachat par un commanditaire des parts de l'héritier dans la SARL/EPE)<sup>1289</sup>. La commandite à responsabilité limitée ne présente pas d'avantages seulement par rapport à la commandite classique, mais aussi par rapport à la SARL ou EPE classiques ; d'ailleurs, sans ces avantages les intéressés auraient directement recours à la SARL ou EPE, en évitant la forme sociale compliquée de la commandite à "responsabilité limitée". Les avantages principaux sont que la commandite est une forme sociale moins réglementée que la SARL et l'EPE, mais aussi que dans la commandite on peut organiser mieux que dans les sociétés à responsabilité limitée une dissociation du pouvoir et du capital<sup>1290</sup>. L'intérêt du recours à la commandite à

---

<sup>1289</sup> V. sur cet aspect A. Guineret – Brobbel Dorsman, op. cit., p. 138-139.

<sup>1290</sup> V. sur cet aspect du montage A. Guineret-Brobbel Dorsman, p. 139 suiv. La personne assumant en fait la gestion et le contrôle de la commandite peut le faire en ayant le contrôle de la SARL commanditée, dont le capital peut être minime par rapport au capital de la commandite, toute en évitant sa responsabilité indéfinie pour les dettes sociales, qui est la règle pour la commandite classique, mais aussi le besoin d'avoir un bloc de contrôle du capital de l'entreprise; comme ce serait nécessaire dans la SARL classique. Le contrôleur de la SARL commandité peut ainsi admettre l'augmentation du capital de la commandite éventuellement nécessaire, sans craindre la perte de son contrôle sur cette dernière, comme ce serait le cas dans une SARL. Les commandites n'ont pas d'ailleurs – à la différence des SARL – obligation légale impérative de vérification (sauf si certains seuils sont dépassés) et de publicité des résultats sociaux. Il est toutefois vrai que les avantages de la commandite "à responsabilité limitée" quant à l'organisation du pouvoir par rapport à la SARL française sont plus grandes que par rapport à l'EPE grecque: le gérant associé statutaire de la SNC et de la commandite ne peut ainsi être révoqué qu'à l'unanimité des autres associés et la révocation emporte dissolution de la société (L221-12 C.com. – disposition toutefois de droit supplétif, tandis que le gérant de la SARL est révocable pour justes motifs sous les conditions de l'art L223-29 C.com. (les status pouvant toutefois rendre la révocation plus difficile). Par contre, en droit grec la révocation

responsabilité limitée peut d'ailleurs ne pas être principalement juridique, mais fiscal, comme c'était le cas avec la GmbH Co.kg allemande. Toutefois, en droit français cet aspect de la motivation ne présente pas de grand intérêt, parce que la complexité du régime fiscale de la société à responsabilité limitée n'est pas compensée par des avantages essentiels<sup>1291</sup>. Par contre, en droit grec le recours à la commandite "à responsabilité limitée" pouvait avoir quelques avantages fiscaux par rapport au recours à l'EPE, même légers<sup>1292</sup> ; pourtant, la réforme récente du droit fiscal grec avec la loi 4172/2013 a imposé la neutralité fiscale en matière de traitement des bénéfices des sociétés et a de la sorte amené à la disparition des avantages en cause. Il est aussi à noter que la nouvelle forme sociale du droit grec de l'IKE (forme modernisée de l'EPE, plus empreinte du supplétif), peut aussi être utilisée au lieu de l'EPE pour la construction de commandites atypiques avec les avantages exposés ci-dessus.

#### **Qualification de montage, enjeux et le problème de licéité de la société en commandité à responsabilité limitée**

Le recours à la société commandite à « responsabilité limitée » est sans aucun doute un montage tel que nous les entendons: par l'utilisation de l'autonomie privée, en constituant une société à responsabilité limitée destinée à assumer le rôle du commandité d'une société en commandite, les particuliers parviennent à créer une forme sociale essentiellement nouvelle, sorte de société de personnes à risques limités, sans pour autant entrer en conflit direct avec le *numerus clausus* d'ordre public de sociétés dans les deux

---

du gérant associé d'une société de personnes est opérée seulement pour cause grave mais les autres conditions de la révocation sont largement laissées au domaine de supplétif (752 AK), tandis que la révocation du gérant associé statutaire d'une EPE peut se faire seulement pour cause grave, après décision de l'assemblée et décision de justice (v. art. 19 par. 1 L3190/1955 et supra Partie I).

<sup>1291</sup> Ainsi A. Guineret-Brobbel Dorsman, p. 133 suiv. Si la commandite "à responsabilité limitée" est soumise au régime de principe, il y aura application de deux régimes fiscaux distincts, l'un pour la SARL commanditée (impôt de sociétés avec comme contribuable la SARL directement pour sa quote part aux bénéfices même non distribués, avec imputation à son résultat des pertes éventuelles de la commandite à responsabilité limitée), l'autre pour la commandite elle-même (impôt de sociétés avec comme contribuable la société elle-même pour les bénéfices, avec possibilité de simple report de déficit) et pour les commanditaires (imposition des dividendes distribués, avec mécanisme d'atténuation de la double imposition). Alternativement, la société commandite "à responsabilité limitée" peut opter pour l'application du régime de l'impôt sur les sociétés (v. supra Partie I sur l'option pour les sociétés de personnes et le régime en découlant).

<sup>1292</sup> Pour le droit fiscal grec, l'EPE était jusque récemment soumise à l'impôt sur le revenu pour ses bénéfices distribués ou non avec un taux de 22% en principe avec épuisement des obligations fiscales des associés et après 2008 avec une retenue à la source de dix pour cent des dividendes distribués, tandis que la commandite était imposée pour ses bénéfices distribués ou non à un taux de 20% - avec épuisement des obligations fiscales des associés (v. toutefois supra Partie I sur le régime spécial d'application d'une imposition personnelle pour les associés personnes physiques principaux).

droits sous comparaison, et de la sorte on peut dire que les particuliers “aménagent” les effets de ce *numerus clausus* d’ordre public. Selon un point de vue différent pour ce qui concerne la qualification des montages, c’est en droit français la cause commune de l’ensemble des actes et leur interdépendance qui permettent de qualifier de montage la société en commandite « à responsabilité limitée »<sup>1293</sup>. Mais le montage en cause est-il licite, ou l’« aménagement » auquel nous nous sommes référé ci-dessus n’est pratiquement qu’une fraude au principe d’ordre public de *numerus clausus* du droit des sociétés? La jurisprudence et la doctrine françaises semblent admettre la licéité de principe de la société en commandite « à responsabilité limitée », en considérant qu’en tout cas il s’agit d’une société en commandite, et que les « aménagements » effectués par le recours à l’utilisation d’une SARL comme commandité relèvent du domaine de la liberté contractuelle<sup>1294</sup>. Mais cela ne signifie pas que la fraude ou l’abus de droit fiscal soient exclus dans des cas particuliers de commandites « à responsabilité limitée », si les conditions de ces deux comportements répréhensibles concourent dans la création de ce type de société<sup>1295</sup>. En droit grec, la première réaction de la doctrine à l’égard de la commandite « à responsabilité limitée » a été hostile, sur le fondement de la théorie (de provenance allemande) du « type » de sociétés (v. supra Partie I sur la théorie des types comme fondement d’une extension de l’ordre public sociétaire)<sup>1296</sup>. Selon ce point de vue, le montage en cause altère les éléments essentiels de la société commandite tels que voulus par la loi, avec comme résultat la concentration de pouvoir de direction entre les mêmes mains, sans la contrepartie de la responsabilité indéfinie de cette personne (ou même solidaire, s’il s’agit de plusieurs personnes) ou, avec d’autres mots, il aboutit à la responsabilité limitée de tous les associés, sans les garanties prévues impérativement comme « contrepartie » de cette limitation de responsabilité dans les sociétés de capitaux. Selon ces mêmes considérations, la commandite « à responsabilité limitée » devrait être réputée irrégulière, bien qu’elle ne s’oppose pas directement à des dispositions d’ordre public, parce qu’elle porte atteinte aux

---

<sup>1293</sup> J.-Ph. Dom, thèse précitée, no 71.

<sup>1294</sup> Ainsi J.-Ph. Dom, thèse précitée, no 70 et essentiellement A. Guineret-Brobbel Dorsman, spéc. p. 114-115.

<sup>1295</sup> Sur la société commandite à responsabilité limitée et la fraude v. A. Guineret-Brobbel Dorsman op. cit. p. 115, la question se ramenant essentiellement pour cet auteur au caractère frauduleux ou non de la SARL commanditée et la réponse doit être donnée après examen au cas par cas.

<sup>1296</sup> V. ainsi l’article précité du Pr. L. Kotsiris. Il est intéressant de noter que la doctrine grecque n’a pas eu recours à la théorie de la fraude pour évaluer la commandite “à responsabilité limitée” (v. supra Partie sur la théorie de la fraude en droit grec et son rôle limité en droit de sociétés).

éléments essentiels de la commandite et altère ainsi ce type social, le « type » et ses éléments essentiels jouant ainsi – pour utiliser la terminologie française – le rôle d'un ordre public virtuel<sup>1297</sup>. Toutefois, l'abandon plus tard en Allemagne de l'application de la théorie des types contre la commandite « à responsabilité limitée » a changé aussi l'attitude des juristes à l'égard de ce type social en Grèce, et on peut dire que la doctrine et la jurisprudence grecques ne mettent pas aujourd'hui en doute la licéité de principe de la forme sociale en cause<sup>1298</sup>. Pourtant, dans des cas particuliers, le recours à la société en commandite « à responsabilité limitée » peut constituer abus de personnalité morale, si les conditions de cette notion telles qu'exigées pour la jurisprudence grecque concourent (v. supra Partie I sur l'abus de personnalité morale et ses conditions en droit grec)<sup>1299</sup>. Nous voyons de la sorte que les deux droits sous comparaison – celui français et celui grec – reconnaissent la licéité de principe du montage de la construction de sociétés commandites « à responsabilité limitée » même sans adoption législative expresse de cette forme sociale. Les raisons pour cette reconnaissance de licéité de principe doivent être d'une part la tendance plus générale d'acceptation d'un rôle plus large à l'autonomie privée en droit des sociétés, d'autre part l'utilité potentielle du montage en cause dans l'organisation juridique de certaines entreprises (facilitation de personnes pouvant assumer la direction et la gestion courante de l'affaire sociale sans disposer de ressources financières importantes, plus grande stabilité de la société en commandite et, partant, de l'entreprise dont la société en cause est la forme juridique). Il demeure toutefois qu'une nouvelle forme sociale a essentiellement pris naissance, non incluse dans le *numerus clausus* d'ordre public des deux droits, non exempte d'inconvénients (v. supra), les tiers n'étant pas nécessairement bien informés sur la nature juridique de leur cocontractant, à défaut d'une reconnaissance expresse et d'une publicité spéciale imposée par les deux droits sous comparaison au type social en cause<sup>1300</sup>. Ce serait peut-être de *lege ferenda* mieux de procéder à la

---

<sup>1297</sup> Ainsi L. Kotsiris, op. cit. p. 821. Selon cet article du Pr. L. Kotsiris, la « commandite à responsabilité limitée » n'est pas elle-même illicite et nulle, car elle ne heurte pas les art. 174 et 178 AK (v. supra Partie I, l'art. 174 AK est la fondement de la théorie de la fraude en droit grec). On doit simplement lui appliquer le régime normal des commandites.

<sup>1298</sup> Ainsi déjà A. Kiantou-Pambouki, article précité, p. 9. Selon le Pr. Kiantou-Pambouki la combinaison en cause est en principe licite. V. aussi N. Rokas, op. cit., p. 156, ne mettant pas en doute la licéité de la société en commandite à responsabilité limitée, en la considérant simplement comme forme informelle de la commandite.

<sup>1299</sup> Ainsi A. Kiantou-Pambouki, op. cit., p. 9. Il ne semble pas toutefois y avoir dans la jurisprudence grecque de cas de traitement d'une société en commandite « à responsabilité limitée » comme irrégulière.

<sup>1300</sup> Depuis 1989, le droit français a abandonné pour ses sociétés de personnes le système de raison sociale, en leur appliquant celui de dénomination sociale, comme pour les sociétés de capitaux, avec comme résultat que de la dénomination sociale de la commandite « à responsabilité limitée » peut

reconnaissance expresse de la société commandite à responsabilité limitée comme type social particulier en lui imposant une publicité spéciale et l'inclusion de sa nature dans sa dénomination sociale, à l'instar du droit allemand (art. 19 du Code de commerce allemand).

## **Par 2 : L'attribution d'éléments atypiques aux sociétés de capitaux par l'utilisation de techniques du droit des sociétés stricto sensu**

C'est dans les sociétés de capitaux que se pose avec davantage d'acuité aussi bien pour le droit français que pour le droit grec le problème des montages tendant à des formes sociales atypiques par le biais d'utilisation de techniques du droit des sociétés. La raison essentielle pour l'intensité du problème est que les sociétés de capitaux – et plus particulièrement les sociétés par actions – sont par excellence les formes de financement et de gouvernance des entreprises importantes, à savoir d'organisations juridico-économiques qui, bien qu'en étant aujourd'hui typiquement capitalistes, développent ou tendent à développer une certaine autonomie par rapport aux personnes de leurs fondateurs. L'enjeu essentiel pour ce qui concerne les montages que nous étudions dans ces sociétés découle ainsi dans un degré bien plus avancé que dans les sociétés de personnes de leur double nature comme d'une part des structures pour l'organisation de relations interindividuelles entre associés, qui peuvent être réputées comme relevant en principe de l'autonomie privée, et d'autre part comme formes juridiques d'organisation du pouvoir privé et de la gouvernance privée économiques, avec un rôle économique majeur intéressant d'autres intérêts privés mais aussi l'intérêt général ; ces facteurs légitiment l'intervention du droit impératif dans le domaine des sociétés de capitaux dans le but de promotion de standards de bonne gouvernance économique, mais aussi de standardisation des relations dans leur intérieur afin que la sécurité juridique soit préservée. La préférence donnée à l'un ou l'autre de ces caractères coexistant au sein des sociétés de capitaux aboutit à des réponses

---

très bien ne pas résulter qu'aucune personne physique n'est personnellement responsable pour les dettes sociales. En droit grec, on continuait jusque récemment d'appliquer le système de raison sociale du Code français de 1807 (23 par. 2, 25 EN), avec comme résultat que le nom d'un des commandités était impérativement inclus dans la raison sociale, avec exclusion des noms des commanditaires. Les tiers étaient ainsi mieux protégés face aux risques de la commandite "à responsabilité limitée" qu'en France. Mais la réforme de 2012 a supprimé cette obligation d'inclusion du nom du commandité dans la dénomination sociale (art. 272 L4072/2012). L'inclusion du nom du commanditaire dans cette dernière a désormais selon ce même article comme effet sa responsabilité indéfinie et solidaire pour les dettes sociales, sauf à l'égard des tiers qui ont contracté avec la société en connaissance de sa qualité de commanditaire.

différentes quant au degré d'autonomie privée et de liberté contractuelle qui doit être laissé dans le domaine de ces sociétés et partant de la liberté des particuliers de se mouvoir par le biais de différents montages vers des formes sociales de capitaux atypiques. Ce qui est de lege lata sûr est que les particuliers sont liés dans les sociétés de capitaux et plus particulièrement dans les sociétés par actions aussi bien en droit français qu'un droit grec par des blocs très importants de dispositions de droit impératif, aujourd'hui toutefois en voie de recul dans l'un ou l'autre degré dans les deux pays sous comparaison (v. supra, Partie I). Nous devons rappeler qu'à ce lieu nous nous bornerons à étudier les efforts des particuliers de produire des formes sociales de capitaux atypiques sans entrer en conflit direct avec le *numerus clausus* d'ordre public de sociétés existant du droit français et du droit grec, cet effort ayant lieu par le recours aux moyens du droit des sociétés stricto sensu (statuts et parfois décisions des organes sociaux), toujours dans le cadre de sociétés servant comme formes juridiques de gouvernance d'entreprises prises comme entités juridico-économiques autonomes. Mais il est d'autre part vrai que les montages en cause tendant à des formes sociales atypiques peuvent être aussi utilisés dans le cadre du montage structurel du groupe de sociétés, notamment dans le cadre des filiales communes (v. infra Titre II de cette Partie). Nous allons aborder en premier lieu le cadre général du problème de ces montages dans les sociétés de capitaux françaises et grecques (A), avant d'avancer à la présentation de certains montages spécifiques grecs qu'on peut considérer comme appartenant à la rubrique que nous étudions, en comparant les solutions y données par le droit grec à celles que pourrait donner le droit français à de pareils montages (B).

## **A. Le cadre général des montages tendant à la construction de formes sociales de capitaux atypiques en droit français et en droit grec**

### **Généralités**

Sous le titre du cadre général des montages tendant à des sociétés de capitaux atypiques en droit français et en droit grec par l'utilisation de techniques du droit des sociétés, nous allons étudier successivement les motifs principaux pour ces montages, les avantages et les inconvénients de ces montages par rapport aux montages visant au même but, mais avec recours aux techniques du droit des contrats, et finalement et surtout les limites d'ordre public de la liberté statutaire dans des sociétés de capitaux pour les deux droits sous comparaison, notamment pour ce qui concerne les clauses pouvant servir à la construction de formes sociales atypiques. Bien sûr l'introduction dans les statuts d'une

seule de ces clauses peut ne pas suffire pour caractériser un montage tel que nous les entendons ; c'est l'utilisation d'ensembles de telles clauses qui peut produire des formes de sociétés de capitaux atypiques –mais la connaissance de la licéité ou non de chacune des clauses introduisant des éléments personnels aux sociétés de capitaux est évidemment un préalable nécessaire pour la question de la licéité de ces montages.

### **Les motifs principaux des montages tendant vers des sociétés de capitaux atypiques**

Le motif traditionnel pour les arrangements par le biais de clauses statutaires tendant à des formes atypiques de sociétés de capitaux – des formes de sociétés de capitaux “sur mesure” – est d'adapter ces types légaux et notamment celui de la société anonyme aux besoins d'entreprises avec un fort intuitus personae et notamment aux besoins de l'entreprise familiale, le plus souvent –mais pas toujours- exprimant juridiquement des entreprises de taille petite ou moyenne. Typiquement, aussi bien pour le droit français que pour celui grec la société anonyme est la forme juridique de la grande entreprise, celle destinée à fonctionner indépendamment des changements aux personnes de ses fondateurs, en formant une organisation juridico-économique autonome au plus haut degré (v. supra Partie I et notamment sur le caractère «corporatiste » de l'AE grecque, destinée à un grand nombre de membres pouvant s'alterner facilement, non liés entre eux avec des liens contractuels et d'affectio societatis). Pourtant, aussi bien dans la réalité française que dans celle grecque on observe depuis longtemps le phénomène de la préférence pour la forme juridique de la société anonyme pour exprimer juridiquement de petites ou moyennes entreprises caractérisées par un fort intuitus personae, notamment des entreprises familiales. D'où une pression importante d'adaptation de la forme juridique de la société anonyme aux besoins de ces entreprises et la pression vers des versions atypiques de la société anonyme, avec la question de l'émergence dans la réalité juridico-économique de formes de sociétés anonymes fermées ou privées, à des degrés différents, certaines constructions tendant à la production de sociétés hybrides. Il est d'ailleurs vrai que l'impératif sociétaire du droit des sociétés anonymes, destiné à des sociétés avec un nombre important d'actionnaires dépourvus d'intuitus personae, est souvent inapproprié ou inutile pour ces « petites » sociétés anonymes. La doctrine grecque accepte même que dans les AE avec nombre restreint d'actionnaires on peut accepter des dérogations ad hoc aux prescriptions de l'impératif sociétaire si cela est imposé par le principe de bonne foi ; de la sorte, l'invocation de dispositions impératives de la loi par la société (p. ex. pour refuser la

participation à l'assemblée d'un actionnaire qui n'a pas déposé à temps ses actions) ou par l'actionnaire (p. ex. pour attaquer une décision d'assemblée pour non respect du dispositif légal de convocation, si les omissions constituent une pratique courante) peut in concreto dans de telles sociétés être constitutive d'abus de droit. Mais de telles dérogations à l'impératif sociétaire ne peuvent pas prendre un caractère permanent et normatif, en entrant dans les statuts de la société<sup>1301</sup>. On pourrait se demander bien sûr combien ces efforts vers des versions atypiques de la société anonyme ne constituent la manifestation d'une certaine pathologie dans la pratique des affaires aussi bien française que grecque : pourquoi les intéressés choisissent-ils une forme sociale lourde d'impératif et destinée à l'accueil juridique de la grande entreprise – à savoir la société anonyme – en s'efforçant par la suite de l'adapter à leur entreprise avec de forts éléments personnels, quand la loi leur offre traditionnellement la forme de SARL/EPE (et aujourd'hui IKE) qui leur permettrait de combiner risque limité et souplesse relative de la structure? La réponse se trouve peut-être dans le prestige social lié à la forme juridique de la société anonyme dans les deux pays sous comparaison. Il est d'autre part sûr que ce décalage entre le type social de la société anonyme et ses utilisations pratiques a joué un rôle important dans l'évolution du droit des sociétés en France et en Grèce vers davantage de supplétif et vers le recul de l'impératif sociétaire (création et libéralisation de la SAS en France, effort de permettre la création d'une « petite AE » par le biais de la liberté statutaire élargie en Grèce, introduction de la nouvelle forme sociale de l'IKE comme sorte d'EPE modernisée – v. supra Partie I). On pourrait considérer que ces efforts du législateur d'offrir aux particuliers des formes de sociétés de capitaux adaptées aux entreprises avec fort élément personnel ont été aussi des efforts de « résorption » de montages jadis plus douteux tendant à des formes sociales de capitaux atypiques<sup>1302</sup>. On ne devrait pourtant pas oublier que mêmes les sociétés fermées sont des formes juridiques d'entreprises, lieux d'organisation du pouvoir privé économique, avec implication d'autres intérêts que ceux des associés /actionnaires, et de la sorte la collectivité a un intérêt pour le maintien de certains standards de bonne gouvernance économique dans ces sociétés, avec comme conséquence que l'ordre public ne perd pas son rôle, d'autant plus que société familiale ou avec nombre restreint d'associés ne signifie pas nécessairement petite ou moyenne entreprise; d'ailleurs, tout montage renforçant le caractère « privé » de ces sociétés ne va pas nécessairement dans le bon sens.

---

<sup>1301</sup> V. sur ces questions N. Rokas, op. cit., p. 176 suiv., avec les exemples cités ci-dessus, E. Perakis « Les aménagements... », article précité.

<sup>1302</sup> Sur la « résorption » des montages et plus particulièrement des pactes extrastatutaires à l'occasion de l'introduction de la SAS v. J.-Ph. Dom, thèse précitée, nos 865 suiv.



Le second motif incitant à des montages utilisant les clauses statutaires et tendant vers des formes sociétaires de capitaux atypiques se trouve dans les opérations de capital-investissement ou capital-risque, opérations caractéristiques du capitalisme contemporain, dans lesquelles une entité spécialisée (normalement la filiale d'un établissement bancaire) finance et offre son savoir-faire à une société innovante dans laquelle elle prend des participations minoritaires, notamment en vue de l'entrée de cette société en Bourse et de la sortie du capital-investisseur avec des plus-values importantes. La société de capitaux choisie comme structure d'une opération de capital-investissement « loge » essentiellement une coopération et une relation de pouvoir atypiques par rapport à celles dans la conception typique traditionnelle légale de la société de capitaux ; le capital-investisseur entend ainsi avoir dans la société un pouvoir plus grand que celui que lui donnerait sa participation et d'échelonner dans le temps ses prises de participation, en contrôlant dans une large mesure l'entrepreneur innovant, des relations destinées par ailleurs à trouver leur dénouement avec la réussite de l'opération et la sortie de l'investisseur. D'où le besoin de trouver les moyens juridiques pour organiser ce partenariat et ses dénouements, en donnant de la sorte de forts éléments atypiques à la société de capitaux objet de l'opération de capital-risque<sup>1303</sup>. Un troisième motif de l'effort vers la construction de structures de sociétés de capitaux atypiques peut se trouver dans certaines situations de cession du contrôle de la société, combinée toutefois avec le maintien transitoire nécessaire du cédant du bloc de contrôle dans la direction de la société pour une période plus ou moins longue. Un autre motif pour des efforts pour la construction de sociétés de capitaux atypiques peut provenir de la relation entre franchisé et franchiseur. Souvent l'entreprise franchisée prend la forme juridique d'une société à risques limités pour les avantages évidents de limitation de responsabilité, de segmentation des risques et de l'affectation d'un patrimoine à une entreprise qu'offrent ces sociétés. Le franchiseur peut aussi dans certains cas prendre une participation dans le capital social de cette société, participation qui, combinée avec des clauses statutaires de restriction de la libre cession des actions, sauf agrément à une majorité assez forte pour que le franchiseur puisse bloquer l'agrément. Cette participation du franchiseur combinée avec la clause d'agrément permet au franchiseur d'empêcher la

---

<sup>1303</sup> Sur le capital-risque –opérations initiées aux Etats-Unis et répandues par la suite aux autres pays capitalistes – v. du point de vue économique v. E. Dubocage - D. Rivaud-Danet « Le capital-risque », éd. La Découverte 2006. Sur le capital-investissement du point de vue juridique et sa réception par le droit français et le droit grec, v. F. D. Poitrinal « Le capital-investissement. Guide juridique et fiscal », Revue Banque Editions, 2007, 3e édition, S. Mousoulas (en grec) « Le capital de prise de participations dans des entreprises (Venture Capital). La formation du pacte de financement », Nomiki Vivliothiki 1997.

cession du contrôle de la société en cause ; le franchiseur peut ainsi préserver un des caractères fondamentaux de sa relation avec l'entité franchisée, à savoir l'identité de la personne la contrôlant et l'animant, qui d'autre part peut se trouver de la sorte piégée dans la société franchisée<sup>1304</sup>. D'autres aménagements statutaires sont aussi possibles pour augmenter l'influence du franchiseur –pourtant minoritaire dans le capital- dans la société franchisée (p. ex. clause réservant les postes de direction de la SA franchisée exclusivement à des personnes ayant suivi les procédures de formation mises en place par le franchiseur)<sup>1305</sup>. De la sorte, la société –typiquement expression d'une coopération égalitaire entre particuliers- non seulement acquiert de forts éléments atypiques, avec un pouvoir important reconnu au franchiseur minoritaire, mais elle est instrumentalisée comme pièce dans une relation –celle de franchisage- avec de forts éléments inégalitaires entre participants.

#### **Avantages et inconvénients des clauses statutaires comme moyens de construction de sociétés de capitaux atypiques**

La question se pose par la suite des avantages et des inconvénients de l'effort de construire des formes sociales de capitaux –notamment des sociétés par actions - fermées et personnalisées – à savoir des formes sociales atypiques, des montages aménageant le *numerus clausus* d'ordre public de formes sociales – par le biais d'ensembles appropriés de clauses statutaires. C'est autrement dit la question de l'opportunité de l'utilisation de ces clauses par rapport au but recherché par les particuliers qui va nous intéresser à cette place. L'avantage principal du recours aux clauses statutaires est que ceux-ci ont aussi bien pour le droit français que pour celui grec –au-delà de leur qualification comme contrat – un caractère organisationnel et normatif accentué (v. supra Partie I)1306. Les statuts forment ainsi la « loi » (d'origine privée) du fonctionnement de la société, ils sont opposables aux associés futurs comme à ceux présents, ils sont publiés, leur violation par des décisions des organes sociaux peut rendre ces derniers irrégulières, dans certains cas ils peuvent développer des effets mêmes sur des actes juridiques conclus entre particuliers (v.infra)1307. Il en résulte que l'introduction de régulations juridiques d'origine privée

---

<sup>1304</sup> V. J-Ph. Dom, thèse précitée, no 410, K. Torbey, thèse précitée, nos 344 suiv.

<sup>1305</sup> K. Torbey, op. cit., nos 369 suiv.

<sup>1306</sup> Si la doctrine française préfère de parler de l'opposabilité des statuts, celle grecque parle de caractère normatif (d'origine privée) ou du moins organisationnel des statuts (v. supra).

<sup>1307</sup> Sur l'opposabilité des statuts aux tiers comme avantage qu'offrent les statuts en tant qu'instrument d'introduction de conventions sociétaires conçues à un sens large v. P. Mousseron « Les conventions sociétaires », LGDJ 2010, no 270. Plus généralement sur la notion d'opposabilité du

formant des situations de sociétés de capitaux “sur mesure” par le moyen des statuts offrent – sous conditions (v. infra) – aux montages en cause davantage d’efficacité, car les statuts des sociétés de capitaux développent aussi bien pour le droit français que pour celui grec des effets échappant dans une large mesure au principe de la relativité des conventions. Pourtant, cette conclusion doit être relativisée, étant donnés les désavantages que peuvent présenter les statuts pour les promoteurs des montages tendant vers des formes sociales de capitaux atypiques. Les limites de la liberté statutaire dans les deux droits sous comparaison, notamment pour ce qui concerne la société anonyme, sont ainsi l’objet d’incertitude et de débats dans la doctrine des deux pays, de sorte que l’insécurité juridique règne dans une large mesure en la matière aussi bien en droit français qu’en droit grec, spécialement sur ce qui est permis ou interdit dans le silence de la loi. Le caractère organisationnel et normatif des statuts rend en tout cas plus intense le contrôle exercé sur eux par mais aussi les possibilités de conflit avec l’ordre public sociétaire, aussi bien celui de dispositions impératives expresses que celui « virtuel » résultant des principes du droit des sociétés. En plus, les clauses statutaires organisant des situations sociétaires atypiques et « sur mesure » doivent être dans les deux droits sous comparaison publiées pour développer leurs effets, chose qui peut gêner des particuliers désirant pour l’une ou l’autre raison la confidentialité<sup>1308</sup>. Autre inconvénient des statuts pour les équilibres voulus par les particuliers sur mesure est que les statuts échappent à la loi du contrat une fois la société anonyme française ou grecque constituée, avec comme conséquence qu’un associé majoritaire peut ainsi les modifier à l’encontre de la volonté des minoritaires, s’il réunit les conditions nécessaires exigées par la loi pour cette modification dans les sociétés de capitaux. Le droit grec tend toutefois aujourd’hui à accepter des limites à la loi de majorité même pour les sociétés anonymes et les statuts peuvent ainsi organiser des dispositifs mettant des obstacles à leur modification par l’actionnaire majoritaire (ainsi expressément pour les AE art. 29 par. 6, 31 par. 3 L 2190/1920, tel qu’il résulte après la réforme de 2007 du droit des AE, avec reconnaissance de la possibilité d’augmentation par les statuts des

---

contrat v. J. Flour-J.L. Aubert-E. Savaux no . Sur la tendance de la jurisprudence française de considérer que la violation des statuts est cause de nullité des délibérations des sociétés v. Y. Guyon, «Les sociétés», no 155, P. Mousseron, *ibid*, no 271, C.cass. Ch. com. 20 février 2007, pourvoi No 05-19858. En droit grec, la violation par les décisions des organes sociaux des régulations introduites par les statuts est expressément prévue par la loi comme cause d’annulabilité (pour les AE-35a, 35b par. 1 L2190/1920) ou de nullité (pour les EPE-15 L3190/1955) de ces décisions comme s’il s’agissait de violations de l’impératif légal (v. supra Partie I sur le sens des termes de nullité et d’annulabilité en droit grec des sociétés). Nous voyons de la sorte que les statuts sont vus en droit grec comme une sorte de prolongement de l’impératif du droit des sociétés, sorte d’ordre privé sociétaire.

<sup>1308</sup> Ainsi P. Mousseron, *op. cit.*, no 277.

quorum et majorité exigées pour les décisions des assemblées extraordinaires, les exigences des statuts pouvant aller jusqu'à l'unanimité – mais on doit rappeler que ce ne sont pas toutes les modifications des statuts de l'AE qui sont de la compétence ex lege de l'assemblée extraordinaire et susceptibles par conséquent d'introduction de l'unanimité – v. supra, Partie I) ; la question de la possibilité d'introduction de clauses statutaires de gel des statuts à durée déterminée donnant pratiquement un droit de veto aux minoritaires semble aussi ouverte en droit français, bien que de lege lata la réponse sur la validité de telles clauses doive être en principe négative, vu le caractère d'ordre public du principe majoritaire dans les sociétés de capitaux, avec une exception possible pour la SAS1309. La prohibition de l'introduction d'engagements supplémentaires sauf à l'unanimité et le principe d'égalité sont en tout cas des limites au pouvoir des majoritaires de modifier les statuts à leur volonté (v. Partie I sur ces principes dans les deux droits sous comparaison et ci-dessous à l'occasion des différentes clauses statutaires). A sens inverse, une modification des statuts voulue par l'ensemble des associés et participants au montage de construction d'une forme sociétaire de capitaux atypique nécessite toujours le respect d'un formalisme qui parfois peut être gênant<sup>1310</sup>. Les inconvénients des statuts pour la mise en place de sociétés de capitaux atypiques conduisent ainsi souvent les particuliers au recours à la technique de la combinaison de l'adoption d'une forme sociale de société de capitaux avec un réseau parallèle et plus ou moins discret de pactes extrastatutaires (v. infra Chapitre II). Pour certains auteurs, quelques inconvénients du recours aux statuts peuvent être palliés avec le recours aux textes « parastatutaires », notamment le règlement intérieur de la société –mais l'unanimité ne règne pas en la matière<sup>1311</sup>. D'ailleurs, comme nous allons voir ci-dessous,

---

<sup>1309</sup> V. pour le droit grec N. Rokas, manuel précité, p. 527 et supra, Partie I. Les quorum et majorité renforcés de l'assemblée statutaire ne sont pas exigés par le droit grec pour toute modification statutaire, mais seulement pour une liste de sujets présentée dans l'art. 29 de la loi, dont fait partie l'augmentation des obligations des actionnaires (v. pourtant supra et ci-dessous sur l'opinion dominante qui exclut la possibilité d'introduction même par les statuts initiaux avec des effets du droit des sociétés d'obligations supplémentaires à celle de la libération des apports). Pour les autres délibérations, les statuts peuvent augmenter les quorum et majorité exigés, mais seulement jusqu'aux seuils exigés pour la prise valable de décisions par l'assemblée extraordinaire (29 par. 6, 31 par. 4 L2190/1920). Pour les EPE v. art. 38 L3190/1955, admettant implicitement la possibilité d'introduction même de l'unanimité. Sur la possibilité en droit français d'introduction de clauses de "gel" des statuts P. Mousseron, op. cit., no 426. Contra de lege lata Y. Guyon op.cit. no 161, bien que de lege ferenda positif pour des clauses de pérennité temporaires et servant l'intérêt social. Sur la question –sans réponse certaine aujourd'hui- de la possibilité des statuts des SA françaises d'augmenter les quorum et majorité exigés par la loi pour la modification des statuts v. Y. Guyon op. cit., nos 163 suiv..

<sup>1310</sup> P. Mousseron, op. cit., no 273.

<sup>1311</sup> Sur la tendance de développement des textes « parastatutaires » v. P. Mousseron op. cit., no 280. Comme cas principal de texte para-statutaire on doit considérer le règlement intérieur, texte non

pour un courant d'auteurs la distinction rigide entre statuts et pactes extra-statutaires se trouve aujourd'hui en voie de dépassement, point de vue avec potentiellement des conséquences importantes quant aux montages tendant à des formes sociétaires de capitaux atypiques<sup>1312</sup>.

### **Examen des limites de la liberté statutaire dans les sociétés de capitaux comme possibilité pour la construction de formes sociales atypiques**

Comme nous avons développé dans la Partie I, les sociétés de capitaux – et notamment la société anonyme, formes par excellence de gouvernance de l'entreprise privée, impliquant par conséquent largement des intérêts des tiers au contrat de société mais aussi l'intérêt général, sont structurées aussi bien en droit français qu'en droit grec par des blocs imposants de règles impératives. Pourtant, comme nous avons vu ci-dessus, une tendance commune importante se rencontre dans les deux droits sous comparaison vers la réaffirmation du principe de l'autonomie privée dans les sociétés de capitaux. La tendance en cause non seulement fait pression pour le recul de l'impératif dans ces sociétés, mais elle affirme aussi que les associés peuvent dans le silence de la loi ajouter des régulations juridiques supplémentaires d'origine privée dans les statuts ; la question surgit toutefois dans ce dernier cas des limites que pose à la liberté statutaire l'ordre public sociétaire « virtuel », celui constitué des principes et des éléments caractéristiques voulus pour chaque forme sociale par le législateur, tels qu'ils résultent de l'esprit de la réglementation<sup>1313</sup>. Cette tendance de réaffirmation de la liberté statutaire en matière des

---

obligatoire, avec une autorité inférieure aux statuts, engageant en principe seulement les associés en place, ne devant pas être publié obligatoirement et non opposable aux futurs associés, sauf si ces derniers ont expressément accepté de s'y soumettre ou si un article des statuts y renvoie. Selon le Pr. P. Mousseron les textes parastatutaires peuvent plus généralement être ainsi opposables aux futurs associés sur renvoi des statuts sans être publiés, offrant ainsi l'avantage de la confidentialité. Le règlement intérieur peut être adopté soit par l'ensemble des associés – cas dans lequel il a un caractère plutôt contractuel – soit par l'acte d'un organe social compétent. Contre l'opportunité du recours au règlement intérieur par les sociétés anonymes, v. Y. Guyon, op. cit., no 13, sur le fondement de défaut de sécurité juridique. Pour le droit grec v. S. Mousoulas (en grec) «L'application du principe de la liberté contractuelle ...», article précité, p. 245, reprenant largement les conclusions de la doctrine française en la matière. V. aussi supra Partie I, Titre II de notre étude sur l'introduction impérative d'un règlement intérieur pour les sociétés cotées en droit grec comme aspect de l'introduction impérative des principes de la "corporate governance" au droit grec des sociétés cotées.

<sup>1312</sup> Ainsi notamment P. Mousseron op. cit., no 280 spéc. note 7, E. Perakis (en grec) « Les aménagements... », article précité. V. sur l'ensemble de la question et du débat infra Chapitre II de ce Titre.

<sup>1313</sup> V. en ce sens pour le droit français Y. Guyon "Les sociétés", no 88, p. 165, Ch. com. C. Cass. 3 juin 1986, D. 1987- 95. Pour le droit grec S. Mousoulas «Applications du principe de l'autonomie de la volonté ...», art. précité, p. 241 suiv., en se référant largement aux positions de la doctrine française. Plus réservé de lege lata -tout en étant de lege ferenda favorable à la libéralisation

sociétés de capitaux est bien sûr favorable pour le développement de montages en France et en Grèce tendant à des formes sociales de capitaux atypiques, aménageant le *numerus clausus* d'ordre public de formes sociétaires. Mais nous avons vu que des incertitudes importantes demeurent en la matière dans les deux droits sous comparaison, de sorte qu'on a pu écrire que le droit français et le droit grec partagent le même embarras devant la question de l'étendue de la liberté statutaire pour ce qui concerne les sociétés anonymes<sup>1314</sup>. Les réformes récentes des deux droits sous comparaison n'ont pas élucidé toutes les difficultés en la matière, bien que l'on considère que la loi grecque permet désormais par l'élargissement sur des points particuliers de la liberté statutaire de construire des sociétés anonymes fermées de fait<sup>1315</sup>. D'ailleurs, l'introduction par le droit français de la SAS met à la disposition des particuliers une forme sociale de sociétés par actions avec un très large espace pour la liberté contractuelle, de sorte qu'il est aujourd'hui beaucoup plus « économique » de recourir directement à la forme légale de la SAS que de s'efforcer d'aboutir à un pareil effet avec le recours à une SA « aménagée » ; d'où la pensée de certains auteurs que la SAS est un moyen de « résorption » de montages en droit des sociétés. Pourtant, si la liberté contractuelle et l'autonomie privée règnent en matière de SAS, on ne doit pas oublier que l'ordre public sociétaire met certaines limites même dans cette forme sociale particulièrement libérale, les actionnaires ne pouvant pas faire ce qu'ils veulent même dans les statuts de la SAS, p. ex. en ce qui concerne la privation d'un actionnaire de son droit de vote pour certains sujets<sup>1316</sup>. En droit grec, à défaut d'une

---

– le Pr. E. Perakis « Les aménagements statutaires de l'AE ... », art. précité, p. 15. Sur l'élargissement progressif de l'espace de la liberté statutaire dans le droit grec de l'AE v. (en grec) E. Nissyraios in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 1, p. 362 suiv., E. Perakis « Le nouveau droit de la société anonyme ... », p. 14, 15.

<sup>1314</sup> E. Perakis, article précité, p. 376

<sup>1315</sup> E. Perakis « Le nouveau droit... », p. 14, 15. V. aussi du même auteur « Aménagements statutaires possibles après la L3604/2007 ». *Episk.E.D.* 2008, p. 317 suiv.

<sup>1316</sup> V. ainsi l'arrêt précité de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 23 octobre 2007 et les commentaires précités, ainsi que l'article précité du Pr. J. Paillusseau sur la liberté contractuelle dans la SAS. Dans cette affaire, les statuts d'une SAS avaient prévu que, dans le cas d'activation d'une clause d'exclusion, l'actionnaire « candidat » à l'exclusion ne pourrait pas participer au vote la concernant. La stipulation avait abouti à l'exclusion de l'actionnaire ... majoritaire par les autres actionnaires, l'intéressé n'étant pas appelé pour voter. La CA de Douais avait accepté la validité de cette clause, en considérant que la liberté statutaire laissée à la SAS par la loi dérogeait implicitement au principe d'ordre public de l'art. 1844 al. 1 C.civ., selon lequel tout associé a droit de participer aux décisions collectives, car l'organisation de l'exclusion d'un actionnaire serait laissée à la libre disposition des statuts (art. L227-16 C.com), n'étant pas même impérativement réservée à la collectivité des actionnaires. La Cour de cassation dans son arrêt précité a cassé cette décision de la CA de Douais, en considérant que les dérogations statutaires au droit de participer aux décisions collectives ne sont acceptables que dans les cas prévus – expressément, semble-t-il il, par la loi, l'art. L227-16 C.com. ne prévoyant pas une telle dérogation lorsque la

forme sociale analogue à la SAS, les montages tendant à des AE atypiques maintiennent aujourd'hui une plus grande valeur qu'en droit français. Avec ces constatations acquises quant au principe de la liberté statutaire dans les sociétés de capitaux françaises et grecques, nous allons examiner brièvement la licéité de principe dans les deux droits sous comparaison des clauses statutaires les plus caractéristiques pouvant être utilisées dans la construction de sociétés de capitaux atypiques, notamment de sociétés anonymes fermées ou même hybrides.

### **Les clauses statutaires imposant des qualités, conditions ou obligations supplémentaires aux associés**

La première catégorie de ces clauses est celle des clauses statutaires exigeant des conditions ou qualités supplémentaires pour accéder à la qualité d'actionnaire ou celles imposant aux actionnaires des obligations supplémentaires, au-delà de l'obligation fondamentale de l'associé de libérer son apport souscrit. Il s'agit bien sûr de clauses pouvant introduire à la société un caractère fermé et personnel, toute personne ne pouvant pas devenir actionnaire, à défaut de la qualité exigée ou de la possibilité d'assumer les obligations supplémentaires qui peuvent être spécifiques. Les clauses exigeant des actionnaires des qualités supplémentaires peuvent toutefois introduire des critères arbitraires, inutiles ou abusifs pour l'acquisition et le maintien de la qualité d'actionnaire et créer des situations de blocage dans la vie des entreprises ou amener à une sortie forcée d'un associé ayant perdu la qualité requise, sortie pouvant être intempestive et coûteuse pour la société. Les clauses en cause peuvent aussi piéger l'actionnaire dans la société, car il est évident qu'elles restreignent la libre négociabilité de ses actions, comme elles restreignent le cercle des cessionnaires potentiels. La doctrine française et celle grecque sont ainsi méfiantes à l'égard de ces clauses statutaires dans les sociétés par actions en général, parce que ces dernières sont selon leur type légal privées d'intuitus personae et les restrictions à la libre négociabilité des actions sont – en dehors d'exceptions légales expresses- juridiquement problématiques<sup>1317</sup>. Pourtant, les clauses de conditions supplémentaires pour l'acquisition et le maintien de la qualité d'actionnaire peuvent être admises si elles sont nécessaires pour l' "économie" de sociétés par actions particulières, le critère pour la spécificité de la situation se trouvant dans l'objet social poursuivi par la

---

décision sur l'exclusion est attribuée à la collectivité des actionnaires. D'autre part, sur les avantages de la SAS p. ex. dans l'organisation du pouvoir au sein de la société franchisée, v. K. Torbey, op. cit., nos 377 suiv.

<sup>1317</sup> Y. Guyon, op. cit., no 93, S. Mousoulas, article précité, p. 247.

société<sup>1318</sup>. Nous voyons de la sorte que la particularité de l'entreprise dont la société est la forme juridique de gouvernance et l'intérêt social conçu comme la poursuite réussie de l'activité de cette entreprise peuvent amener à rendre acceptables in concreto des clauses statutaires en principe douteuses, en faisant reculer ainsi dans certains cas les limites posées par l'ordre public sociétaire à l'autonomie privée. En tout cas, les clauses statutaires introduisant des critères supplémentaires pour l'acquisition et le maintien de la qualité d'associé ne doivent pas être en conflit avec l'ordre public « politique » général français et grec – sinon elles seraient réputées non écrites pour le droit français et nulles pour le droit grec (v. supra Partie I sur le sens de ces termes dans les deux droits sous comparaison)<sup>1319</sup>. En plus, l'introduction de telles clauses durant la vie de la société nécessite pour le droit français l'unanimité des associés, étant réputée un cas de figure d'augmentation des engagements des associés prohibée par l'ordre public sociétaire français, sauf unanimité (v. supra Partie I) ; l'unanimité doit être aussi réputée requise en droit grec pour l'introduction d'une pareille clause dans les statuts durant la vie d'une société anonyme, étant donné le caractère exceptionnel de ces clauses, le changement qu'elles effectuent dans la physionomie de la société, les restrictions qu'elles imposent indirectement à la libre négociabilité des actions et le risque en découlant d'ouvrir la voie à l'exclusion d'actionnaires déjà en place qui n'ont pas les qualités exigées<sup>1320</sup>. Pour ce qui

---

<sup>1318</sup> Y. Guyon, *ibid*, S. Mousoulas, *ibid*.

<sup>1319</sup> Les clauses en cause ne pourraient pas introduire des critères de discrimination raciale, religieuse, sexiste, ni empiéter trop dans la liberté personnelle de l'actionnaire. En droit français ces prohibitions sont fondées sur la notion générale d'ordre public politique (au sens des valeurs fondamentales de la société française – v. supra Introduction), mais aussi plus particulièrement pour ce qui concerne les discriminations en cause sur l'art. 225-1 du Code pénal les réprimant. En droit grec, c'est, en dehors des prohibitions légales expresses, la notion de bonnes mœurs dans sa relation avec des valeurs constitutionnelles qui aboutit au même résultat (v. supra Partie I). En plus, les qualités supplémentaires exigées doivent être en relation avec la poursuite de l'intérêt social – sinon leur introduction serait pour le droit français dépourvue de cause et pour le droit grec contraire aux bonnes mœurs, comme introduisant une restriction excessive de la liberté de la personne de l'actionnaire.

<sup>1320</sup> Ainsi pour le droit français Y. Guyon, *op. cit.*, no 92. En droit grec la question peut se poser si l'exigence de qualités supplémentaires pour l'acquisition de la qualité d'actionnaire est un cas d'obligation supplémentaire de l'actionnaire, relevant du droit du contrat et non du droit des sociétés (v. supra Partie I et ci-dessous). On pourrait dire que l'exigence en cause n'est pas une obligation supplémentaire pouvant mettre en cause la standardisation du droit d'actionnaire, raison d'être du principe de l'interdiction des obligations supplémentaires, mais une condition de l'acquisition de la qualité d'actionnaire, pouvant ainsi développer des effets du droit des sociétés, si pour le reste elle est valable. Comme nous avons vu dans la Partie I, le droit grec ne prononce pas un principe de portée générale de prohibition d'augmentation des engagements des associés et l'art. 29 par.3 L2190/1920 semble permettre une telle augmentation avec les quorum et majorité requises pour la prise valable de décisions par l'assemblée extraordinaire, sauf pour des les obligations mettant en cause la standardisation du rapport d'actionnaire (v. ci-dessus).



concerne les clauses statutaires imposant des obligations supplémentaires de faire ou de ne pas faire aux associés, au-delà de celle typique de libérer leurs apports, une différence importante existe entre les deux droits sous comparaison. La doctrine et la jurisprudence françaises acceptent sur le fondement de la liberté contractuelle la possibilité d'imposition statutaire d'obligations supplémentaires aux associés de toute forme sociale, y compris les SA, avec des effets erga omnes, comme toute autre clause statutaire<sup>1321</sup>. Toutefois, pour être licites ces clauses doivent servir l'intérêt social, qui une fois de plus surgit comme clause générale à contenu ouvert d'ordre public sociétaire. Les clauses en cause doivent bien sûr être aussi conformes à l'ordre public général français<sup>1322</sup>. Est débattue dans la doctrine française la question de la relation des obligations statutaires supplémentaires avec le principe d'égalité entre associés<sup>1323</sup>. En tout cas, comme dans le cas de conditions supplémentaires nécessaires pour l'acquisition et le maintien de la qualité d'associé, l'introduction de clauses d'obligations supplémentaires durant le fonctionnement de la société nécessite l'unanimité des associés, selon le principe d'ordre public de l'art 1836 al. 2 C.civ., prohibant l'augmentation des engagements des associés sans leur consentement (v. supra Partie I). Les choses sont différentes en droit grec des sociétés anonymes (AE) : comme nous avons vu dans la Partie I, suivant un principe d'ordre public "virtuel" du droit des AE, est prohibée l'introduction par les statuts d'obligations supplémentaires dans le "rapport d'actionnaire" liant chaque actionnaire à la société, dans le souci de standardisation de ce rapport<sup>1324</sup>. Pourtant, l'introduction de telles obligations supplémentaires (notamment des apports supplémentaires en cas de pertes et, ce qui est plus intéressant pour la question d'introduction d'éléments personnels, d'apports en industrie ou l'obligation d'autres prestations ou rapports avec la société) par des conventions de droit commun avec effets relatifs entre actionnaires n'est pas prohibée ; de la sorte, pour le droit grec les clauses de l'instrumentum des statuts introduisant des obligations supplémentaires ne sont pas réputées nulles, mais des conventions de droit commun engageant en principe seulement les fondateurs (v. infra sur ce contenu « extra-statutaire » des statuts comme sorte de pactes extra statutaires et les critères de licéité de pareils engagements). Nous

---

<sup>1321</sup> V. ainsi Y. Guyon op. cit., nos 88, 91 suiv., considérant que « le principe de la liberté contractuelle conduit à admettre la validité des obligations imposées aux associés ».

<sup>1322</sup> Y. Guyon, op. cit., no 97, mentionnant comme cas extrême d'obligation statutaire sans rapport avec l'intérêt social une clause de célibat. Sont aussi réputées non écrites pour toute société les clauses d'exclusivité concernant toute activité économique, car elles aboutissent à un engagement excessif de la personne humaine, sans intérêt essentiel pour la société. V. Y. Guyon, op. cit.

<sup>1323</sup> Y. Guyon, op. cit., no 92. J. Mestre « L'égalité en droit des sociétés », Rev. soc. 1989, p. 399.

<sup>1324</sup> V. supra, Partie I sur le rapport d'actionnaire et sa standardisation, ainsi que la bibliographie y citée.

voyons de la sorte que le droit grec a une conception plus stricte que celui français de ce qui peut devenir contenu des statuts de l'AE au sens propre du terme, à savoir développant un effet normatif pour les actionnaires initiaux mais aussi pour les actionnaires à venir ; mais ces actionnaires peuvent bien sûr par des conventions particulières assumer eux aussi de telles obligations à l'égard de la société et des autres actionnaires<sup>1325</sup>. A fortiori, et malgré la lettre de l'art. 29 par. 3 L2190/1920, reconnaissant la possibilité d'introduction d'obligations supplémentaires pour les actionnaires à quorum et majorité renforcés, des obligations supplémentaires des actionnaires allant à l'encontre de la standardisation du rapport d'actionnaire ne peuvent pas être introduites avec effets du droit de sociétés par le biais de modification des statuts au quorum et majorité renforcés ; mais des décisions des assemblées avec pareil contenu, nulles comme actes du droit des sociétés, pourraient être réputées par conversion (art. 181 AK) comme conventions valables engageant les actionnaires qui les ont soutenues. Pourtant, et à sens inverse, la doctrine accepte que de l'obligation de loyauté des actionnaires (v. supra Partie I sur la tendance à accepter une obligation de loyauté variable selon la position de l'actionnaire dans la société) existant notamment dans les AE fermées peut résulter dans des AE avec un tel caractère une obligation de non-concurrence pour les actionnaires, et l'on devrait logiquement en déduire que l'introduction dans les statuts de telles sociétés de clauses de non-concurrence explicitant cette obligation serait valable avec de pleins effets statutaires (un actionnaire nouveau ne pourrait pas invoquer l'effet relatif d'une telle clause pour échapper à ses effets)<sup>1326</sup>.

### **Les clauses statutaires imposant des restrictions à la cession des droits sociaux des sociétés de capitaux**

La seconde catégorie de clauses statutaires pouvant jouer un rôle important dans la construction de formes sociales de capitaux atypiques est celle des clauses imposant des

---

<sup>1325</sup> Pour le régime différent dans les EPE grecques v. supra Partie I, art. 6 par.3, 38 par.3 L 3190/1955.

<sup>1326</sup> Sur l'impossibilité de principe d'introduire valablement dans les statuts d'une AE avec des effets de droit organisationnel une clause prohibant la concurrence de la société par un actionnaire, sur le fondement du principe d'ordre public virtuel du droit de l'AE de restriction des obligations de l'actionnaire à la libération de son apport v. M. Th. Marinou in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 3, p. 232-233 (une telle clause serait nulle comme clause statutaire, mais des conventions extrasociétaires de non-concurrence seraient valables). Sur la question particulière d'une prohibition ex lege à l'actionnaire dominant de concurrencer la société v. M.-Th. Marinou « Prohibitions de concurrence. Conflits d'intérêts dans les sociétés de capitaux », éd. Ant. N. Sakkoulas 1997. Sur l'obligation de loyauté et l'obligation de non-concurrence pouvant en résulter pour les actionnaires dans les AE fermées sur le fondement d'une application analogique de l'art. 747 AK sur la société civile v. N. Rokas, op. cit., p. 179-180.

restrictions à la libre cession des droits sociaux et notamment à la libre négociabilité des actions. Evidemment, ces clauses visent à maintenir le caractère atypique intuitu personae voulu par les fondateurs pour leur société de capitaux, en empêchant l'entrée à la société de nouvelles personnes ne remplissant pas cette exigence comme conséquence de la sortie d'un associé. La première clause de cette catégorie est bien sûr la clause d'agrément de la transmission entre vifs des actions nominatives, aujourd'hui expressément acceptée par le droit français (avec des exceptions concernant les cessions aux conjoints, ascendants et descendants des actionnaires) et le droit grec pour les sociétés anonymes de droit commun (art. L228-23, L228-24 C.com, 3 par. 7 L2190/1920 - v. en plus L227-14 C.com. permettant aux statuts de la SAS d'introduire des clauses d'agrément pour toute cession d'actions, sans distinction entre actions nominatives ou actions au porteur- l'introduction dans les statuts des SA et AE de clauses d'agrément pour les actions au porteur devrait être réputée ayant valeur de pacte extrastatutaire entre signataires, relevant du droit des obligations). Ce qui est à noter à cette place est que les clauses d'agrément ont été initialement une création de l'initiative privée, instillant des éléments d'intuitu personae dans les sociétés par actions. En effet, la clause d'agrément est fondée sur la considération que la personnalité des actionnaires et le rapport des forces entre eux jouent un rôle important dans la vie de la société et de l'entreprise dont la société est la forme juridique, contrairement à la conception typique de cette société par la loi comme par excellence société de capitaux, sans considération de la personne des actionnaires. Les clauses d'agrément, visant à "aménager" la libre négociabilité des actions, ont été ainsi d'abord des montages tels que nous les entendons et des incertitudes pesaient pendant longtemps quant à leur régime juridique ; il est d'autre part vrai que leur validité a été reconnue assez vite par la jurisprudence, notamment en France, la création de l'initiative privée qu'a été la clause d'agrément ayant de la sorte abouti à imposer une interprétation restrictive de ce qui est d'ordre public dans la libre négociabilité des actions<sup>1327</sup>. La reconnaissance expresse par

---

<sup>1327</sup> Sur l'histoire des clauses d'agrément en France, leur ancienneté et la reconnaissance jurisprudentielle de leur licéité avant la loi de 1966 sur les sociétés commerciales qui les a reconnues expressément v. P. Didier t. 2, p. 455. En Grèce on considérait pendant longtemps que les clauses d'agrément étaient des conventions de droit commun entre créancier et débiteur interdisant la cession de la créance, conventions opposables aux cessionnaires, pourvu que ces derniers n'aient pas acquis la créance sur le fondement de pièces ne faisant pas référence à la convention d'incessibilité (466 AK). Il en résultait que la clause d'agrément était opposable au cessionnaire seulement si elle était inscrite sur le titre de l'action - v. G. Sotiropoulos in « Droit de la société anonyme », dir. E. Perakis, t. 1, p. 148. Sur un cas de construction par des clauses d'agrément entre autres moyens d'une AE atypique -en fait forme hybride entre AE et coopérative - v. L. Kotsiris « AE coopérative -actions grevées de clause d'agrément- obligations accessoires des actionnaires », DEE 1997, p. 449 suiv., et infra dans notre étude.

les droits français et grec des clauses statutaires d'agrément pour la cession des actions nominatives est venue de la sorte confirmer des aménagements et atténuations de la libre négociabilité des actions et du droit propre de l'actionnaire de sortir de la société en cédant ses actions (v. supra Partie I), en confirmant aussi une fois de plus que la pratique et les montages y nés peuvent jouer un rôle important dans la détermination des limites et des contours de l'ordre public sociétaire. Mais en reconnaissant les clauses d'agrément les deux droits sous comparaison les ont aussi réglementées impérativement, et quelques différences existent dans les régimes du droit français et du droit grec sur les clauses d'agrément, notamment avec une reconnaissance d'un principe d'ordre public en droit français que l'actionnaire ne doit jamais rester prisonnier de son titre, un principe qui ne se retrouve pas en droit grec<sup>1328</sup>. Aujourd'hui, la cession d'actions nominatives malgré

---

<sup>1328</sup> La reconnaissance expresse de la clause d'agrément pour les actions nominatives a été faite à peu près au même temps en France (art. 274 de la loi de 1966 sur les sociétés commerciales) et en Grèce (réforme de l'art. 3 de la loi 2190/1920 par l'art. 5 du décret-loi 148/1967- un décret de 1962 avait reconnu en droit grec l'émission d'actions sur les quelles pèse une clause d'agrément indépendamment de leur caractère comme nominatives ou au porteur, mais la réforme de 1967 a restreint cette faculté aux seules actions nominatives. Le droit français excluait d'abord l'imposition de clauses d'agrément pour la cession d'actions entre actionnaires, en la permettant seulement pour la cession d'actions à des tiers – mais cette restriction a été supprimée en 2004, la clause d'agrément pouvant désormais être imposée même aux cessions d'actions entre actionnaires, dans le but de préserver les équilibres intérieurs dans la société. La clause d'agrément est toujours prohibée pour les cas de transmission d'actions en cas de succession ou de liquidation du régime matrimonial ou en cas de cession soit à un conjoint, soit à un ascendant ou un descendant (avec une exception de ces prohibitions dans le cas des actions réservées aux salariés, dans le but de préserver le lien entre la qualité d'actionnaire et de salarié). L'ordonnance de 2004 a d'ailleurs expressément permis l'introduction de clauses statutaires d'agrément pour la cession de valeurs mobilières donnant accès au capital (art. L228-23 C.com.). Normalement pour le droit français l'organe compétent pour l'octroi ou le refus de l'agrément est l'organe de direction, mais ce point n'est pas de droit impératif. En droit grec, la clause d'agrément pouvait dès le début de sa consécration expresse par la loi concerner les cessions d'actions entre actionnaires, mais aussi la cession entre ascendants et descendants. La doctrine acceptait toutefois que la clause d'agrément ne pouvait pas trouver application aux transmissions à cause de mort – point de vue que la réforme du droit grec des sociétés anonymes a consacré expressément. Est aussi exclue l'application de clauses d'agrément dans le cadre de procédures de voies d'exécution contre l'actionnaire avec saisie et vente forcée de ses actions ou en cas de faillite de l'actionnaire, l'intérêt des créanciers prenant dans ces cas le pas sur l'intérêt de la société – v. V. Antonopoulos, op.cit., p. 283, G. Sotiropoulos, op. cit., p. 426, à la différence de ce qui est accepté en France pour l'adjudicateur acquérant les actions à la suite de leur saisie et mise aux enchères, cette acquisition étant dépendante de l'agrément de la société – v. M. Germain-V. Magnier, op. cit., no 1085 (mais on ne doit pas oublier qu'en droit français refus de l'agrément dans une société de capitaux signifie que l'associé n'est jamais prisonnier de ses titres). Les statuts peuvent selon la loi grecque faire dépendre l'octroi ou non de l'agrément par des raisons spécifiques – mais l'introduction de telles raisons n'est pas de droit impératif pour la validité de la clause ; selon l'introduction ou non de raisons spécifiques imposant le refus ou l'acceptation de l'agrément, l'organe compétent – conseil d'administration ou assemblée ordinaire- a « compétence liée » ou « pouvoir discrétionnaire » de donner ou refuser l'agrément – v. G. Sotiropoulos, op. cit., p. 427 ; cette question de la possibilité pour les statuts d'introduire des causes d'agrément ou de refus de

l'existence d'une clause statutaire d'agrément est sanctionnée aussi bien en droit français qu'en celui grec par la nullité de la cession (v. toutefois supra Partie I sur les différences des deux droits en matière du sens et du régime de la nullité des actes juridiques), indépendamment de la bonne ou mauvaise foi du cessionnaire, sanction dépassant les effets de l'opposabilité du contrat de droit commun et montrant que la clause statutaire d'agrément appartient au droit organisationnel plus qu'au droit des contrats. Il s'agit d'une preuve de la reconnaissance par les deux droits sous comparaison de l'importance que peut avoir la clause d'agrément dans certaines situations pour l'intérêt social et le bon déroulement de l'activité de l'entreprise ; pourtant, la distinction du droit grec entre acte créateur d'obligations et acte avec effets réels a comme conséquence l'apparition de certaines différences avec le droit français pour ce qui concerne le sens de la nullité comme effet du refus de l'agrément<sup>1329</sup>. Comme nous avons suggéré ci-dessus, une différence

---

ce dernier même engageant l'organe compétent n'est pas expressément abordée en France, mais leur licéité devrait être admise car elles feraient moins de ce que la loi permet quand elle reconnaît une possibilité d'introduction de clause d'agrément sans restriction pour l'organe compétent. Est en tout cas exclue dans les deux droits sous comparaison la prévision par les statuts d'un droit d'agrément au profit d'un tiers ou d'un actionnaire pris individuellement. Si les statuts ne prévoient pas quelque chose, la compétence pour donner l'agrément appartient en droit grec, comme en droit français, au conseil ; si la compétence appartient à l'assemblée, l'opinion dominante dans la doctrine grecque accepte le droit de l'actionnaire qui demande l'agrément de participer et de voter, même s'il s'agit de l'actionnaire majoritaire –v. G. Sotiropoulos, op. cit., p. 428, comme c'est le cas en droit français aussi bien pour le vote dans l'assemblée mais aussi dans le conseil, si le cédant est administrateur – v. M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy no 735. Condition de l'effectivité des clauses d'agrément est depuis 2007 pour le droit grec la détermination dans les statuts de la procédure, des conditions et du terme dans lesquels la société doit autoriser ou refuser l'agrément. Sur l'introduction de clauses statutaires d'agrément dans les EPE – les parts de ces dernières étant à la différence de celles de la SARL, librement transmissibles – v. l'art. 3190/1955.

<sup>1329</sup> La prévision expresse de la nullité comme sanction de la violation de la clause d'agrément a été introduite en droit français en 1998. Avant cette réforme une incertitude existait quant à la sanction d'une cession en violation de la clause d'agrément. Si le courant dominant dans la jurisprudence acceptait comme sanction la nullité de la cession, indépendamment de la bonne ou de la mauvaise foi du cessionnaire, certains arrêts prononçaient l'inopposabilité de la cession à l'égard de la société. Il s'agit en tout cas aujourd'hui d'une nullité relative, au profit de la société v. Y. Guyon, op. cit. no 109, C. cass. Ch. Com. 14 déc. 2004, RJDA 2005, no 387. Pour comparer avec le régime de la violation d'une obligation contractuelle d'une partie – notamment d'une clause d'incessibilité – par la conclusion d'un contrat par cette même partie en droit commun français v. F. Terré - Ph. Simler -Y. Lequette, nos 478 suiv., 1978. En droit grec, c'est la réforme en 2007 du droit des AE qui a expressément reconnu la sanction de la nullité pour la cession d'actions nominatives en violation d'une clause statutaire d'agrément – une solution auparavant acceptée par la doctrine. Il s'agit d'une nullité portant sur l'acte de disposition des actions, non sur l'acte de création d'obligation par lequel l'actionnaire s'était engagé à céder ses actions – vente, donation, apport en société – son obligation étant réputée désormais impossible, l'actionnaire étant exonéré s'il prouve qu'il a fait tout son possible pour obtenir l'agrément de la société (v. supra Partie I sur la distinction entre acte créateur de disposition et acte créateur d'obligation en droit grec et ses conséquences). Il s'agit en plus d'une nullité relative au profit de la société- v. sur l'ensemble de la question G. Sotiropoulos, op. cit., p.

importante existe dans les deux droits sous comparaison en la matière, car le droit français prévoit un dispositif exprès et applicable en tout cas de cession d'actions nominatives sur lesquelles pèse une clause d'agrément, dispositif visant à la protection de l'actionnaire voulant céder ses actions, en obligeant la société qui refuse l'agrément d'acheter ou de faire acheter les actions en cause, sur le fondement du principe que l'actionnaire ne doit jamais rester prisonnier de ses titres. Par contre, en droit grec la protection de l'actionnaire contre le refus de la société d'agréer la cession est confiée à la disposition du droit commun réprimant l'abus de droit, si les conditions de l'abus de droit selon l'art. 281 AK (v. supra, Partie I) sont réunies, l'intérêt social devant jouer un rôle capital dans l'appréciation de l'abus, parce que l'introduction de la clause est réputée avoir comme finalité de servir cet intérêt, et il n'y a pas introduction ex lege d'une obligation d'ordre public de rachat à la charge de la société en cas de refus de l'agrément (L228-24 C.com., 281 AK, v. aussi supra Partie I) ; le contrôle de l'abus de droit est aussi réputé applicable en cas d'agrément donné par l'organe compétent contrairement aux finalités pour lesquelles les statuts ont imposé la procédure d'agrément<sup>1330</sup>. Dans certaines AE grecques à caractère familial, on rencontre

---

430. Pour une approche de la question des clauses d'agrément du point de vue des restrictions des cessions de droits subjectifs par le biais d'acte juridiques du droit commun (art. 177, 466 AK) v. L. Kitsaras (en grec) « Engagements contractuels du pouvoir d'aliénation selon l'art. 177 AK », éd. P. N. Sakkoula 1999, p. 460 suiv. Une partie importante de la doctrine grecque soutient que le tiers ayant acquis de bonne foi des actions grevées d'une clause d'agrément sans l'agrément de la société, acquisition qui est nulle selon la loi, a un droit d'agir contre la société en dommages-intérêts, si l'existence de la clause d'agrément ne résultait pas du corps du titre cédée (comme nous avons vu dans la Partie I, les actions des AE grecques non cotées ne sont pas dématérialisées) ; mais ce point de vue ne fait pas l'unanimité – v. V. Antonopoulos op.cit. p. 283. En plus, selon plusieurs auteurs grecs, la clause d'agrément ne porte que sur les droits politiques résultant de l'action, qui seuls sont importants pour le maintien de l'intuitus personae, et non sur les droits pécuniaires en résultant, qui de la sorte sont librement cessibles – mais cette opinion ne fait pas l'unanimité non plus- v. V. Antonopoulos, op.cit., p. 284.

<sup>1330</sup> L'art. L228-24 C.com. prévoit impérativement le délai (de trois mois dès la notification de la demande d'agrément) dans lequel la société doit se prononcer sur la clause (à défaut l'agrément est réputé donné), l'obligation de racheter ou de faire acheter les actions par une autre personne dans un délai de trois mois dès la notification du refus, l'application de l'art. 1843 C.civ. pour l'appréciation de la valeur des actions en cas de rachat si les parties ne sont pas d'accord. En droit grec en cas de refus abusif d'agrément – à savoir de refus manifestement ne correspondant pas à l'intérêt social ou créant une situation particulièrement désavantageuse pour l'actionnaire sans intérêt essentiel pour la société – l'actionnaire cédant peut agir en dommages-intérêts contre la société sur le fondement de la responsabilité délictuelle (281, 914 AK), mais aussi demander la condamnation de la société en justice en déclaration de volonté, la cession étant réputée effectuée une fois la décision suppléant la déclaration de volonté de la société acquérant la force de chose jugée (949 KPolD). V. sur l'ensemble de la question, ainsi que sur la différence entre clauses statutaires et extrastatutaires d'agrément G. Sotiropoulos, op. cit., p. 420 suiv., spéc. p. 430-431 sur les conséquences d'un refus abusive d'agrément. Il est à noter que la réforme du droit grec des AE en 2007 a introduit la possibilité de prévision statutaire de rachat par la société des actions en cas de refus d'agrément – il s'agit toutefois d'un dispositif de droit supplétif. Le rachat en cause ne doit pas en tout cas entamer

d'ailleurs des clauses statutaires prévoyant que la transmission des actions entre vifs est permise seulement entre fondateurs ou vers leurs conjoints ou leurs descendants<sup>1331</sup>. De telles clauses devraient être réputées nulles comme telles, car elles dépassent l'étendue de l'autorisation que la loi donne aux statuts pour imposer des restrictions à la libre transmissibilité des actions entre vifs en faisant dépendre cette transmission de l'agrément de la société, tandis que ces clauses prohibent sans autre la cession en dehors d'un cercle restreint de personnes<sup>1332</sup> ; on pourrait toutefois les ramener par conversion (181 AK) à des clauses statutaires valables d'agrément. Reconnues expressément par les deux droits sous comparaison, les clauses d'agrément de la cession des actions nominatives avec leur effet de droit organisationnel donnent souvent à leur tour à certains particuliers des motifs pour recourir à des montages dans le but du contournement de ces clauses ; cela peut se faire soit par le biais de techniques contractuelles couvrant une cession de droits sociaux ou aboutissant aux mêmes effets que la cession des droits sociaux tout en évitant le contrôle de la clause d'agrément (p. ex. par le biais de procurations générales couvrant en fait une cession des actions au « représentant »), soit même par le recours à des structures sociétaires avec les mêmes effets (v. infra Titre II sur ces derniers efforts). Des efforts de contournement des clauses d'agrément sont affrontés par le droit français par le biais de la théorie de la fraude (v. supra, Partie I sur la notion de fraude en droit français et la théorie subjective dominante et infra, Titre II de cette Partie, sur un effort de fraude à une clause d'agrément par l'utilisation d'une holding ayant abouti à un arrêt important). La doctrine grecque s'intéresse surtout aux efforts de fraude aux clauses statutaires d'agrément par le biais de techniques contractuelles et au sens de la fraude à la loi du droit grec (v. supra, Partie I sur la théorie objective de la fraude du droit grec, indépendante d'une intention frauduleuse, et sa sanction) ; ce n'est pas par conséquent, à la différence de la conception française, l'intention frauduleuse qui intéresse, mais le fait qu'un acte juridique, sans entrer en conflit direct avec la lettre de la loi (dans le cas que nous étudions, de la clause statutaire

---

les capitaux propres non distribuables (art. 16 par. 3 L 2190/1920). Ce qui est aujourd'hui de droit impératif est l'introduction par les statuts de prévisions sur la procédure et les conditions sous lesquelles la société octroie ou refuse l'agrément ainsi que le délai après l'écoulement duquel sans réponse de la société la cession est libre. Sur le contrôle des décisions des organes sociaux octroyant ou refusant l'agrément par l'art. 281 AK et par la notion d'abus de droit v. L. Kotsiris, consultation précitée, p. 452, N. Rokas, manuel précité, p. 384, G. Sotiropoulos, op. cit., p. 429, 430. Il est à noter que selon la jurisprudence française le refus d'agrément doit être motivé –Ch. com. C. cass. 2 juillet 2002, LPA 28 octobre 2002, obs. P. Mousseron –, tandis qu'une telle obligation n'est pas réputée exister par la doctrine grecque – v. G. Sotiropoulos, op. cit., p. 430.

<sup>1331</sup> V. pour un tel cas L. Kotsiris, consultation, EEmpD 2002, p. 221 suiv.

<sup>1332</sup> Sur la nullité des clauses statutaires prohibant la cession des actions absolument ou à l'égard de certaines personnes v. G. Sotiropoulos, op. cit., p. 427, avec l'argument qu'une telle clause serait contraire au caractère de l'AE comme société de capitaux.

d'agrément introduite sur autorisation de la loi sur les AE), aboutit à un résultat contraire à la finalité de la loi (dans le cas que nous étudions le respect d'une clause statutaire licite d'agrément), autrement dit il opère essentiellement cession de l'action et notamment des droits politiques en découlant. Les techniques utilisées en fraude à la clause statutaire d'agrément étudiées par la doctrine grecque consistent plus particulièrement soit à l'octroi de procuration d'exercice du droit de vote dans les assemblées à un tiers ou à un actionnaire avec de tels pouvoirs qu'il y ait aliénation de fait des actions, soit à la transformation de la propriété de l'actionnaire en propriété fiduciaire exercée pour le compte du cessionnaire de la propriété économique des actions selon une relation de base entre eux, soit à l'engagement de l'actionnaire par des conventions de vote de voter selon les instructions de la personne à laquelle les actions essentiellement sont cédées. Dans chaque cas particulier il doit être établi concrètement que par les actes juridiques en cause est en effet obtenu un résultat assimilable à la cession des actions sur lesquelles pèse la clause statutaire d'agrément (dans le cas de la procuration, ce caractère peut résulter selon la doctrine notamment de son irrévocabilité, de sa durée et étendue, de son octroi exclusivement ou principalement dans l'intérêt du représentant, de l'obligation de l'actionnaire de s'abstenir des assemblées ; l'octroi d'une autorisation par l'actionnaire permettant à son bénéficiaire d'agir à son nom et dans son intérêt -c'est la Ermächtigung allemande, reconnue par la doctrine grecque sous le nom d'exouciidotici comme technique apparentée à la procuration - est réputée un indice important pour l'établissement de la fraude). La sanction pour déjouer la fraude est l'application de la clause d'agrément à l'acte juridique par le biais duquel le contournement a été opéré (v. supra sur le dispositif du droit grec en cas d'omission de demande ou de refus d'agrément et ses différences par rapport à celui français), tandis qu'est débattue la question de la nullité du vote donné dans l'assemblée, soit par l'actionnaire, soit par le détenteur d'un pouvoir de procuration en exécution d'un pacte extrastatutaire fraudant la clause d'agrément (v. sur cette question infra)<sup>1333</sup>. A la différence de la doctrine, la jurisprudence grecque, rare il est vrai en la matière, semble préférer le recours à la simulation frauduleuse au lieu de la théorie de la fraude pour faire face à des efforts de légitimer le cessionnaire à l'égard de la société et contourner la clause d'agrément (notamment par le biais de procurations), les actes

---

<sup>1333</sup> Sur les efforts de contournement des clauses d'agrément, le champ conceptuel de la fraude en la matière et les sanctions appliquées à de tels efforts v. E. Perakis (en grec) « Engagements contractuels du droit de vote de l'actionnaire », thèse Athènes 1976, nos 147 suiv., G. Sotiropoulos, op. cit., p. 431-433, N. Tellis (en grec) « Le contournement des clauses d'agrément des actions nominatives », rapport au 4<sup>e</sup> Congrès des commercialistes grecs, 1995, p. 51. V. aussi infra dans notre étude sur les clauses d'agrément et les pactes et relations extrasociétaires des associés.



juridiques en cause étant réputées simulées et dissimulant une cession des actions, avec comme conséquence que ces relations juridiques simulées sont nulles d'une nullité absolue et ne légitiment pas leur bénéficiaire à l'égard de la société ; en plus, la clause d'agrément est appliquée à la relation dissimulée de cession des actions, qui se trouve de la sorte à son tour nulle à l'égard de la société pour défaut d'agrément, la conséquence en étant par ce biais aussi la nullité de la participation du cessionnaire dans la société (v. supra, Partie I sur la théorie et la sanction de la simulation en droit grec, ses différences avec la conception française, ses relations d'exclusion mutuelle conceptuelle avec la théorie de la fraude et les difficultés dans la réalité de délimiter ces deux notions)<sup>1334</sup>. Les doctrines française et grecque soulignent en plus que les clauses d'agrément, en introduisant des restrictions au principe de la libre négociabilité des actions, doivent être interprétées strictement, position acceptée par la jurisprudence française. Est d'autre part acceptée par la jurisprudence et la doctrine françaises l'effectivité des clauses d'agrément portant expressément au transfert des titres dans le cas d'une transmission universelle du patrimoine d'une société actionnaire à la suite d'une restructuration ou même en cas de changement du contrôle de la société actionnaire, tandis que pour la doctrine grecque la quasi-transmission universelle du patrimoine dans le cas de restructurations (fusions, scissions –v. infra, Partie I) au niveau d'un actionnaire personne morale et a fortiori le changement du contrôle d'un tel actionnaire ne sont pas des transmissions au sens de l'art. 3 L2190/1920 sur les clauses d'agrément ; on devrait logiquement conclure de cette prise de position que des clauses d'agrément portant sur la cession des actions dans le cadre de telles restructurations ne seraient pas autorisées par la loi et seraient par conséquent nulles (ce résultat est de lege ferenda

---

<sup>1334</sup> V. en ce sens Mon. Prot. (TI) Athènes 8954/1976, EEmpD 1977, p. 62, obs. I.K. Rokas : l'octroi d'une procuration générale par un actionnaire combinée avec la procuration irrévocable aux représentants de vendre et céder les actions à l'un d'eux par voie de contrat avec soi-même a été réputé, compte tenu des circonstances et de l'opposition de l'irrévocable des procurations en cause au caractère de la procuration comme servant les intérêts du représenté, couvrir une cession de ses actions au bénéficiaire de la procuration avec comme cause la vente, cession effectuée en fraude à la clause statutaire d'agrément pesant sur la cession des actions nominatives de la société. Par conséquent, la procuration en cause a été réputée simulée, donc selon le droit grec nulle, d'une nullité absolue que tout intéressé pouvait invoquer. Nulles étaient aussi la vente et cession dissimulées sous les procurations simulées pour opposition à la clause d'agrément, la participation du « représentant » à l'assemblée des actionnaires ayant ainsi été prohibée par le tribunal statuant en procédure de référé. Pourtant, selon le commentateur de l'arrêt, l'octroi d'une procuration irrévocable pour la cession des actions même avec contrat avec soi-même ne serait pas nécessairement simulée et nulle, en constituant essentiellement une vente des actions sous la condition suspensive de l'octroi de l'agrément de la société. Ce qui pourrait rendre la procuration simulée et nulle serait l'établissement de ce qu'en fait elle réalisait par son caractère irrévocable l'aliénation de l'actionnaire de ses actions, une aliénation qui n'aurait pas pu avoir lieu d'autre manière, compte tenu de l'impossibilité d'obtenir l'agrément de la société.

discutable, comme une fusion peut signifier changement de la propriété économique sur les actions au profit d'autres intérêts, p. ex. d'un concurrent, et aboutir à un bouleversement de l'équilibre intérieur de la société)<sup>1335</sup>. Il est aussi à noter que la clause d'agrément est réputée en droit français pouvoir être introduite durant la vie de la société anonyme comme toute autre modification statutaire, car elle constitue une « diminution des droits » et non une augmentation des engagements de l'actionnaire, qui nécessite impérativement l'unanimité ; une jurisprudence plus récente semble abandonner cette distinction et exiger l'unanimité pour toute modification statutaire aggravant la position juridique de l'actionnaire, mais la doctrine française insiste que les clauses d'agrément peuvent être introduites durant la vie de SA par modification statutaire, sans unanimité (v. supra Partie I sur la prohibition de l'augmentation des engagements sauf unanimité et la distinction entre augmentation des engagements et diminution des droits). D'autre part, l'exigence de l'unanimité a été expressément adoptée par la loi française pour l'introduction de clauses d'agrément durant la vie de la SAS (L227-19 C.com.)<sup>1336</sup>. Par contre, en droit grec la question de l'introduction de la clause d'agrément durant la vie de la société était pendant longtemps débattue ; l'opinion dominante, semble-t-il, acceptait l'introduction d'une pareille clause durant la vie sociale sur les actions existantes seulement à l'unanimité, en invoquant, entre autres arguments, le danger de fraude aux intérêts légitimes des minoritaires, d'autant plus si l'on tenait compte de l'inexistence en droit grec d'un dispositif de protection de l'actionnaire similaire à celui du droit français en cas de refus d'agrément de la part de la société<sup>1337</sup>. La réforme de 2007 du droit grec de la société anonyme a tranché pour les AE non cotées la question d'une manière innovante tout en abandonnant l'exigence d'unanimité (v. infra sur les sociétés cotées) ; elle a ainsi introduit en cas d'adoption durant la vie de la société d'une restriction à la libre négociabilité des actions un droit de sortie (qui doit être réputé d'ordre public, non susceptible de suppression ou restriction par les statuts) au profit de l'actionnaire s'étant opposé dans l'assemblée à l'introduction de la restriction, droit à l'égard

---

<sup>1335</sup> Sur l'interprétation restrictive des clauses d'agrément v. M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy, no 732, G. Sotiropoulos, op. cit., p. 427, et dans la jurisprudence française Ch. Com. C.cass. 13 déc. 1994 JCP E 1994, 447, no 4, obs. A. Viandier-J-J Caussain, 15 sept. 2009, RJDA 2/2010, no 154. Sur l'acceptation par la jurisprudence des clauses statutaires prévoyant expressément l'agrément en cas de fusion d'une société actionnaire v. C.cass. Ch.com. 6 mai 2003, JCP E 2003, 1327, note D. Cohen, M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy no 732. Sur les clauses d'agrément et les restructurations en droit grec v. G. Sotiropoulos, op. cit., p. 426-427.

<sup>1336</sup> V. sur l'introduction des clauses d'agrément durant la vie des SA P. Didier p. 455, M. Germain-V. Magnier in *Traité de Ripert et Roblot*, nos 1605, 1619, P. Le Cannu- B. Dondero no 145, Ph. Merle no 489.

<sup>1337</sup> V. K. Pamboukis (en grec) « Blocage ex post de la cession d'actions et agissements connexes », in rapport au 4<sup>ème</sup> congrès de droit commercial, éd. Sakkoula 1994, p.59 suiv.

de la société et exercé par rachat par elle des titres de cet actionnaire, sous la condition que l'adoption d'une telle clause restrictive ait rendu manifestement sans intérêt sa présence dans la société (évidemment désormais la restriction doit être réputée pouvant être introduite au quorum et majorité nécessaires pour la délibération valable de l'assemblée extraordinaire comme une modification statutaire emportant augmentation des obligations des actionnaires- art. 29 L2190/1920 –mais les statuts peuvent exiger l'unanimité en la matière – v. infra) ; pourtant, la loi renvoie pour le rachat en cause à la réglementation sur le rachat par la société de ses propres actions (art. 16 L2190/1920) et il en résulte en plus comme condition que les capitaux propres de la société ne doivent pas tomber comme conséquence du rachat des actions de l'actionnaire dissident au-dessous de la somme du capital social et des réserves obligatoires, sauf, croyons-nous, réduction du capital par la société avec annulation des actions rachetées de l'actionnaire sortant (v. supra sur l'impératif de la réduction du capital dans le but de protection des créanciers sociaux) ; l'exercice du droit du rachat nécessite en plus une décision de justice à la suite d'une action de l'actionnaire invoquant un tel droit dans un délai de 3 mois de la prise de la décision par l'assemblée, le tribunal fixant le prix du rachat et pouvant ordonner même la dissolution de la société, si la procédure du rachat des actions de l'actionnaire dissident n'est pas achevée dans un certain délai à cause de la faute de la société (art. 49a L2190/1920) . De la sorte, la transformation d'une société anonyme normale à une société anonyme fermée et atypique par l'introduction d'une clause d'agrément peut être une affaire plus onéreuse pour la société en droit grec qu'en droit français, si l'on accepte la position traditionnelle de ce dernier traitant l'introduction des clauses d'agrément comme toute autre modification statutaire, les intérêts des minoritaires étant mieux pris en compte dans les AE grecques ; par contre, si l'on considère que le droit français exige désormais l'unanimité pour l'introduction de telles clauses dans les SAS, la protection des actionnaires dissidents est plus complète et le dispositif de protection plus simple dans cette forme sociale du droit français que dans les AE grecques.

Apparentée à la clause d'agrément est la clause statutaire de préférence, selon laquelle l'actionnaire est obligée avant la réalisation de la cession de ses actions à un tiers de les offrir aux autres actionnaires ou à certains d'entre eux ou à d'autres bénéficiaires déterminés dans les statuts ou proposés par la société, dans la version dite clause de préemption aux mêmes conditions que celles convenues avec le tiers<sup>1338</sup>. Le droit français ne reconnaît pas expressément les clauses statutaires de préférence et de préemption,

---

<sup>1338</sup> Y. Guyon, op. cit. no 107, P. Mousseron op. cit. no 504 suiv., S. Mousoulas op. cit., p. 248.

mais la doctrine et la jurisprudence les reconnaissent largement comme licites pour les sociétés anonymes de droit commun, sur le fondement qu'aucun texte légal ne les prohibe, d'autant plus que la loi reconnaît les clauses d'agrément, qui sont plus restrictives que les clauses de préférence<sup>1339</sup>. Le régime de la sanction des clauses statutaires de préemption semble d'ailleurs subir une attraction par celui des clauses d'agrément<sup>1340</sup>. Il est aussi à noter que l'introduction des clauses statutaires de préemption était pendant longtemps utilisée en France comme montage- palliatif à la prohibition légale des clauses d'agrément pour la cession d'actions entre actionnaires ; mais la suppression de cette dernière prohibition en 2004 a rendu inutile cette exploitation des clauses statutaires de préemption. Il demeure toutefois que les clauses statutaires de préemption peuvent, semble-t-il, porter en droit français, à la différence de celles d'agrément, non seulement sur les actions nominatives, mais aussi sur les actions au porteur (mais les actions au porteur sont l'exception dans les sociétés non cotées dans lesquelles des clauses de restriction de cession peuvent être introduites – v. supra Partie I sur le sens des termes des actions au porteur et actions nominatives en droit français après la réglementation obligatoire des

---

<sup>1339</sup> V. ainsi p. ex. CA Paris 14 mars 1990, R. j. com. 1990, 256, note Ch. Goyet – 3ème Ch. civ. C. cass. 15 janvier 2003. JCP 2004, 384 obs. P. Mousseron. V. aussi P. Mousseron, op. cit., no 505, remarquant que la clause de préemption ne rend pas l'actionnaire prisonnier de son titre car « la clause de préemption aboutit en effet à substituer un cessionnaire à un autre ». Pour ce dernier auteur, l'identité des conditions de sortie n'est pas une condition de la validité de la clause (op. cit. no 504) et d'ailleurs il n'est pas indispensable que tous les actionnaires soient tenus par celle-ci. V. toutefois Y. Guyon, op. cit., no 107 avec des réserves et des doutes sur l'ensemble de ces questions. En tout cas, l'introduction d'une clause statutaire de préemption durant la vie sociale est une augmentation des engagements des actionnaires et nécessite leur unanimité -P. Mousseron, op. cit., no 509 –v. pourtant supra sur la ligne traditionnelle distinguant entre augmentation des engagements et diminution des droits.

<sup>1340</sup> A défaut de reconnaissance expresse par la loi de la clause de préemption et de prévision de la nullité pour les cession effectuées en sa violation, la sanction de telles cessions est leur inopposabilité à la société, le cessionnaire ne devenant pas actionnaire –v. M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy no 740. Mais la jurisprudence française prononce la nullité de la cession effectuée en violation d'une clause statutaire de préemption sur le fondement de la collusion frauduleuse entre cédant et cessionnaire pour violation de l'obligation statutaire du cédant selon le droit commun de la fraude aux obligations contractuelles, la connaissance du cessionnaire résultant simplement dans ce cas de figure de la publicité de la clause statutaire. V. en ce sens Ch. com. C. cass. 27 mai 2006, Bul. Joly 2006. 1072, note H. Le Nabasque. Pour la condamnation du cédant au paiement de dommages-intérêts à la société sur le fondement de la responsabilité contractuelle, v. Ch. com. C. cass. 9 avril 2002, JCP 2003 1390 note J.-M. Tengang, CA Paris 21 janvier 2005, RJDA 2005, p. 707, sur la responsabilité délictuelle du tiers sur le fondement de l'opposabilité du contrat, v. P. Mousseron op. cit., no 519. Selon le même auteur (op. cit. no 520), la société peut être mieux garantie si la clause statutaire de préemption prévoit expressément que le créancier (à savoir la société) est présumée vouloir s'en prévaloir, étant ainsi établie la connaissance du cessionnaire de la volonté du créancier d'exercer son droit et, partant l'intention frauduleuse du cessionnaire.

valeurs mobilières)<sup>1341</sup>. De l'autre côté de la comparaison, la clause de préférence était pendant longtemps laissée en droit grec, comme on en droit français, sans reconnaissance expresse légale. La doctrine majoritaire reconnaissait toutefois leur validité avec des effets de droit de sociétés<sup>1342</sup>. Evolution importante, la réforme du droit grec des sociétés anonymes en 2007 a plus généralement reconnu l'introduction de restrictions statutaires à la libre transmissibilité des actions nominatives entre vifs, selon le régime en vigueur pour les clauses d'agrément (v. ci-dessus sur l'obligation des statuts de prévoir des stipulations pour la procédure, les conditions et le délai selon lesquels les droits résultant de l'introduction de la restriction doivent être exercés), en reconnaissant en plus expressément comme un tel cas de restriction permise l'introduction des clauses statutaires de préférence (nouvel art. 3 par. 7 L2190/1990)<sup>1343</sup>. L'adoption d'une clause statutaire de préférence ou de préemption portant sur des actions au porteur devrait être réputée a contrario en droit grec avoir des effets non de droit des sociétés mais de droit des obligations, avec effets relatifs.

Une autre restriction avec des effets particulièrement drastiques et pouvant être utilisée dans la construction de montages aboutissant à des formes sociales de capitaux atypiques est celle de la clause statutaire d'inaliénabilité, clause entrant bien sûr en conflit direct avec le principe de la libre négociabilité des actions. Comme nous avons vu dans la Partie I, la doctrine et la jurisprudence françaises tendent à accepter la validité des clauses d'inaliénabilité des actions des SA, pourvu qu'elles soient temporaires et servent l'intérêt

---

<sup>1341</sup> V. sur cette utilisation des clauses statutaires de préemption J.-Ph. Dom, thèse précitée nos 849 suiv. Contra Y. Guyon, op. cit., no 107. Cette utilisation de la clause de préemption maintient sa valeur dans les SARL, dans lesquelles les statuts ne peuvent pas imposer des clauses d'agrément pour les cessions de parts sociales entre associés (L223-10 C.com.)

<sup>1342</sup> Sur la clause de préférence en droit grec avant la réforme de 2007 du droit des AE v. (en grec) L. Georgacopoulos « Droit des sociétés -Les AE», II 1972, p. 184, 453, P. Papapanagiotou, «Agrément des actions nominatives», Athènes, 1974, p. 95, Ph. Christodoulou (consultation) DEE 2000, 572. Contra K. Pamboukis, rapport précité au 4<sup>ème</sup> Congrès de droit commercial, p. 79 suiv., en les reconnaissant seulement avec effet relatif, non avec effet de droit des sociétés.

<sup>1343</sup> Sur les clauses statutaires de préférence en droit grec des AE après la réforme de 2007, v. V. Antonopoulos, manuel précité sur les AE et EPE, P. 280-281, N. Rokas, manuel précité, p. 384. Avant 2007, l'opinion dominante considérait que la clause de préemption était valable, mais qu'elle devait respecter l'égalité entre actionnaires, son introduction au profit d'un seul des actionnaires ou au profit d'une personne proposée par la société n'étant pas réputée possible. La réforme de 2007 a toutefois expressément reconnu comme licites ces deux possibilités. L'introduction de restrictions à la transmission des actions –toujours entre vifs– doit toutefois ne pas aboutir à leur intransmissibilité (v. infra). Sanction de la cession en violation de la clause statutaire de préemption est désormais expressément pour le droit grec la nullité (v. supra sur le sens du terme). L'introduction d'une clause statutaire durant la vie sociale doit être effectuée – à l'instar du régime des clauses d'agrément- avec quorum et majorité renforcés, avec en plus application de l'art. 49 a L 2190/1920 sur la possibilité des minoritaires de demander à la société le rachat de leurs actions.

social, tandis que le législateur français les a expressément reconnues pour les SAS (art. L227-13 C.com.)<sup>1344</sup>. A la différence du droit français, le droit grec prohibe aujourd'hui expressément les clauses statutaires rendant impossible la cession des actions de la société anonyme (nouvelle rédaction de l'art. 3 L2190/1920) et par conséquent les clauses d'inaliénabilité. Il résulte de cette disposition que le législateur grec a cru comme suffisantes pour la protection de l'intérêt social les clauses de restriction de la transmission, la loi sur les AE ne distinguant pas en plus entre intransmissibilité permanente et temporaire ; mais est différente la question de l'introduction de dispositifs contractuels d'indisponibilité des actions selon le droit commun (v. infra) et celle de la requalification des clauses statutaires d'inaliénabilité nulles comme stipulations du droit de sociétés en conventions avec effet relatif entre signataires, selon les conditions et restrictions du droit commun<sup>1345</sup>.

Il est en tout cas à rappeler ce que nous avons relevé dans le Titre II de la Partie I de notre étude consacré à l'ordre public économique du marchés sur les clauses statutaires de restriction de la cession des actions, à savoir que de telles clauses sont prohibées aussi bien par le droit français que par celui grec pour les sociétés cotées (aujourd'hui sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé) ; il s'agit d'une prohibition d'ordre public sociétaire des marchés financiers, sur le fondement de l'incompatibilité des clauses de restriction de la cession des actions avec la cotation de la société et avec les besoins du marché financier, le rôle des sociétés cotées comme institutions juridico-économiques du marché restreignant le champ de la liberté contractuelle et statutaire laissée à leur sein. Le caractère des sociétés cotées comme par excellence des sociétés ouvertes au public exclut d'ailleurs évidemment la possibilité de reconnaissance par le droit d'efforts de les faire des sociétés fermées et avec *intuitus personae* (v. ainsi pour le droit français L228-23 C.com a contrario sur les clauses statutaires d'agrément, disposition applicable aussi par analogie aux clauses de préemption –v. aussi L433-4 C. com. prévoyant un droit de sortie des minoritaires sous le contrôle de l'AMF, si la personne qui contrôle la société dont les actions sont admises sur un marché réglementé envisage d'imposer des modifications statutaires significatives concernant la cession et transmission

---

<sup>1344</sup> Y. Guyon, op. cit., no 110, P. Mousseron, op. cit., no 524 suiv., sur le régime des clauses d'inaliénabilité en droit commun français v. art. 900-1 C.civ. La Cour de cassation a reconnu l'effet de la clause d'inaliénabilité même face à la saisie des actions. Pour le reste, il y a application du régime des sanctions présenté à l'occasion de la clause de préemption en cas de cession effectuée en violation d'une clause d'inaliénabilité légitime v. Cass. Com. 1ère Ch. civ. 15 juin 1994, RTD civ. 1991, p. 919, note F. Zenati, C. cass. 1ère Ch. civ. 31 oct. 2007, JCP F 2008, 26 note R. Mortier.

<sup>1345</sup> S. Mousoulas, op. cit., p. 248.

des actions-, et pour le droit grec 4 par. 2 L3371/2005)<sup>1346</sup>. Il est aussi à noter que le droit français des procédures collectives (art. L626-3 C.com.) considère non écrites les clauses d'agrément dans le cadre de la préparation d'un plan prévoyant une modification du capital ; est débattue pourtant, à défaut de disposition expresse, la question du sort des clauses d'agrément en cas de cession forcée des droits sociaux des dirigeants et de reprise interne dans le cadre d'un plan de continuation<sup>1347</sup>.

### **Les clauses statutaires de sortie ou d'exclusion**

La troisième catégorie de clauses statutaires pouvant jouer un rôle dans la construction de formes sociales de capitaux atypiques – des montages aménageant le *numerus clausus* d'ordre public de formes sociales – sont les clauses statutaires de sortie ou d'exclusion forcée de l'actionnaire ou associé. Nous avons vu dans la Partie I de notre étude que les clauses statutaires de sortie de l'associé par l'achat de ses droits sociaux par la société sont destinées à lui donner des possibilités de sortie plus larges que celles offertes traditionnellement par la négociabilité de ses actions, notamment comme dernier moyen de défense face à la tyrannie de la majorité ; par contre, les clauses statutaires d'exclusion viennent porter une atteinte certaine au droit propre de l'associé de rester associé. Ces deux types de clauses peuvent servir dans l'organisation de sociétés de capitaux avec un fort *intuitus personae*, dérogeant à la conception typique de la loi, l'associé pouvant demander à la société sa sortie ou, à sens inverse, être exclu de la société si ce lien d'*intuitus personae* entre associés est rompu. Comme nous avons d'ailleurs vu ci-dessus, la jurisprudence et la doctrine françaises tendent aujourd'hui à reconnaître sous conditions la licéité des clauses statutaires de retrait, d'exclusion et de rachat forcé des droits sociaux même dans les sociétés anonymes (v. en plus art. L227-16 suiv. C.com. sur

---

<sup>1346</sup> V. sur ces questions Y. Guyon op.cit., nos 106-107, D. Avgitidis (en grec) « La société anonyme cotée », p. 56, 84-85. Selon la lettre de la loi grecque, les clauses d'agrément et de restriction de négociabilité sont permises dans les sociétés cotées, pourvu que la restriction ne constitue un facteur de perturbation du fonctionnement normal du marché. La doctrine grecque considère que les clauses statutaires d'agrément et des restrictions de cession sont par définition perturbatrices de ce fonctionnement, avec leurs effets *erga omnes* et de nullité des cessions effectuées en leur violation- la licéité de principe de ces clauses concerne de la sorte les clauses extrastatutaires de restrictions dans la cession des actions cotées. La suppression des clauses statutaires d'agrément et de restriction dans la cession des actions est une condition aussi bien en droit français qu'en droit grec pour l'admission des actions d'une société sur le marché réglementé- en tout cas de telles clauses existant dans les statuts d'une société cotée seraient réputées non écrites pour le droit français et nulles pour le droit grec.

<sup>1347</sup> V. G. Blanc in Rep. Dalloz droit commercial, « Entreprises en difficulté- plan de sauvegarde et de redressement », nos 126, 131, 134.

la reconnaissance expresse des clauses statutaires d'exclusion dans les SAS)<sup>1348</sup>. Ainsi, pour être licites la clause de sortie ne doit pas constituer une clause léonine (ne pas exonérer de toute perte le titulaire du droit de sortie) et la clause d'exclusion doit prévoir des causes déterminées pour l'exclusion, causes conformes à l'intérêt social et n'entrant pas en conflit avec l'ordre public. La clause d'exclusion peut ainsi se fonder soit sur un comportement fautif de l'actionnaire, soit sur un événement objectif sur la personne d'un actionnaire qui rend sa présence nuisible pour l'intérêt social, p.ex. changement du contrôle d'une société actionnaire ou action de sa part en dissolution de la société pour mésentente. La clause doit aussi préciser l'organe compétent pour prononcer l'exclusion. Si la clause ne prévoit pas une cause d'exclusion de plein droit, l'associé candidat à l'exclusion doit avoir la possibilité de présenter son point de vue. Les clauses de sortie et d'exclusion peuvent prévoir le rachat des droits sociaux des actionnaires remplissant leurs conditions soit par les autres actionnaires, soit par la société elle-même, dans ce dernier cas avec réduction du capital social. En cas de désaccord quant au prix du rachat, il y a application du dispositif d'ordre public de l'art. 1843-4 C.civ. De la sorte, des situations de rupture de l'intuitu personae peuvent être prises en compte pour aboutir à l'exclusion d'un actionnaire, notamment si l'intuitus personae est nécessaire pour l'entreprise sociale en cause, et les clauses d'exclusion peuvent jouer un rôle dans la construction de formes sociales de capitaux atypiques. L'introduction d'une clause d'exclusion durant la vie de la société nécessite impérativement l'unanimité des associés, étant réputée augmentation de leurs engagements<sup>1349</sup>. En Grèce l'incertitude régnait en la matière, à défaut de solution légale expresse, la question du sort des clauses statutaires de retrait et d'exclusion étant une manifestation par excellence des difficultés quant à l'étendue de la liberté statutaire dans les AE ; la doctrine grecque était de la sorte partagée sur cette question<sup>1350</sup>. Comme nous avons vu dans la Partie I, la réforme du droit grec de 2007 a reconnu pour les AE non cotées des droits ex lege de sortie de l'actionnaire et une possibilité d'exclusion de ce

---

<sup>1348</sup> V. Y. Guyon, op. cit., nos 98 suiv., 119, P. Mousseron op. cit., no 386 suiv., M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy nos 321 suiv., 742. V. pourtant S. Schiller « Les limites de la liberté contractuelle... », thèse précitée, considérant que la clause statutaire d'exclusion constitue une renonciation en amont au droit propre et réputé d'ordre public de rester associé difficilement compatible avec la théorie des renonciations en matière de droits d'ordre public, chose qui fait surgir le caractère problématique de la notion d'ordre public sociétaire comme limite de la liberté contractuelle en matière de sociétés.

<sup>1349</sup> M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy no 321, Ch.com. C.cass. 23 oct. 2007, JCP E 2007, 2433, note A. Viandier. Ainsi expressément L227-19 pour l'introduction de clauses d'exclusion dans les SAS.

<sup>1350</sup> V. S. Mousoulas « L'application du principe de l'autonomie de la volonté... », article précité p. 270, E. Perakis « Aménagements statutaires... », article précité p. 375, avec des références au débat grec en la matière.



dernier (squeeze-out), sans toutefois régler exhaustivement la question. Ce qui résulte du nouvel art. 49a L2190/1920 est que les statuts peuvent prévoir dans les AE non cotées des causes de sortie de l'actionnaire avec rachat de ses actions par la société au-delà de celles ex lege (v. Partie I) ; mais la sortie nécessite décision de justice et concours d'une condition supplémentaire de fond, à savoir que le concours des causes prévues rend manifestement sans intérêt la présence de l'actionnaire dans la société. Nous voyons de la sorte que l'introduction et application de clauses de sortie par le biais du rachat des actions de l'actionnaire sortant par l'AE n'est pas totalement libre, le droit grec étant plus restrictif que celui français (en plus, condition de l'application du rachat est la non diminution des capitaux propres de la société au-dessus du capital social et des réserves obligatoires- 16 par. 4 de la loi sur les AE et supra Partie I pour la procédure et les garanties pour le sortant). Par contre, nous croyons que l'introduction de clauses statutaires de sortie avec rachat des actions du sortant par les autres actionnaires doit être réputée en principe libre, car la loi ne prévoit pas de restrictions pour elles (l'art. 49b prévoit une obligation d'ordre public de l'ultra-majoritaire de racheter à leur demande les actions des ultra- minoritaires et rien n'empêche les statuts d'élargir les cas de droit de sortie au profit des minoritaires, notamment s'il y a des situations de rupture du lien d'intuitu personae initialement voulu par les actionnaires). Pour les causes d'exclusion, au-delà du droit ex lege de l'ultra-majoritaire de procéder au rachat forcé des actions des ultra-minoritaires introduit par la réforme de 2007 (art. 49γ L2190/1920- v. supra Partie I), les incertitudes demeurent. Nous croyons pourtant qu'on devrait accepter, à l'instar du droit français, la licéité des clauses statutaires d'exclusion introduisant des causes d'exclusion fondées sur l'intérêt social, non contraires à l'ordre public et prévoyant des garanties pour les droits et intérêts de l'actionnaire candidat à l'exclusion ou exclu, de telles clauses pouvant ainsi jouer un rôle dans le maintien de l'intuitu personae initialement voulu par les actionnaires mais perturbé en la personne d'un d'entre eux. Une telle reconnaissance serait non seulement conforme au principe de l'autonomie de la volonté, mais aussi aux exigences de l'intérêt social conçu comme l'intérêt de l'entreprise. Le caractère adéquat et nécessaire de la cause d'exclusion pour la poursuite de l'intérêt social et l'introduction de garanties pour la protection de l'actionnaire sortant (droits de se faire entendre avant l'exclusion et à une indemnisation adéquate pour la privation de sa participation, si l'exclusion a été décidée) sont d'ailleurs conditions nécessaires pour la conformité des clauses d'exclusion avec les dispositions de la Constitution grecque sur la protection de la liberté économique et de la propriété développant leurs effets dans les relations de droit privé, notamment celles dans lesquelles il y a des relations de pouvoir, comme c'est le cas dans les stipulations que nous étudions

(v. supra Partie I). Il est aussi à noter que pour une partie de la doctrine grecque est concevable dans les sociétés anonymes fermées et avec de forts éléments personnels un droit de l'actionnaire de sortir de la société et respectivement un droit de la société d'exclure l'actionnaire pour cause grave même sans prévision statutaire<sup>1351</sup>.

### **Les clauses statutaires aménageant les droits pécuniaires des associés**

Une autre catégorie de clauses statutaires pouvant jouer un rôle important dans l'effort de construire des sociétés de capitaux "sur mesure" – des montages aménageant le *numerus clausus* d'ordre public des formes sociales – sont celles aménageant les droits pécuniaires des actionnaires ou associés (v. supra Partie I sur la participation des associés aux résultats comme droit propre lié à la qualité d'associé et le principe d'ordre public de la prohibition des clauses léonines). C'est exactement la possibilité de moduler la participation des associés aux résultats qui est souvent nécessaire pour tenir compte de l'importance spécifique et de l'*intuitus personae* de la présence de certains associés ou actionnaires dans la société, présence dont les effets dépassent leur participation au capital social, de sorte que la conception typique légale sur la répartition des résultats doive être aménagée. Comme nous avons vu dans la Partie I, les deux droits sous comparaison – celui français et celui grec – facilitent aujourd'hui de tels efforts, l'égalité proportionnelle selon la participation au capital social entre associés / actionnaires n'étant pas d'ordre public, avec la limite de la prohibition des clauses léonines. Plus particulièrement pour les sociétés par actions, les moyens principaux d'organisation d'une participation inégalitaire aux résultats de la société sont les actions de préférence – aujourd'hui largement libéralisées dans les deux droits (v. supra Partie I), – leur émission nécessitent bien sûr leur prévision statutaire ; la reconnaissance et libéralisation des actions de préférence permet ainsi aux particuliers de faire l'économie de montages plus compliqués et moins sûrs sur les droits patrimoniaux des actionnaires. De la sorte, nous voyons qu'aussi bien le droit français que celui grec reconnaissent aujourd'hui expressément comme licites des techniques statutaires pouvant faciliter la construction de formes sociales de capitaux atypiques par le moyen de la répartition des résultats sociaux dérogeant à la répartition du capital social entre associés, en permettant ainsi l'introduction d'éléments personnels à ces sociétés ; ce n'est pas pourtant toute dérogation au principe d'égalité proportionnelle aux résultats qui suffise pour caractériser la construction d'une société anonyme atypique, d'autres éléments devant concourir in concreto pour aboutir à cette qualification. En sens inverse, on rencontre des clauses statutaires concernant le résultat pouvant atténuer l'élément de poursuite d'un but

---

<sup>1351</sup> V. N. Rokas, op. cit., p.180.

commun qui existe même pour les sociétés de capitaux, avec comme exemple principal celui de l'émission d'actions « traçantes », à savoir d'actions donnant à leur titulaire accès aux résultats d'une seule branche d'activité sociale, construction qui n'est pas très bien compatible avec l'exigence française traditionnelle d'une affectio societatis entre actionnaires. Pourtant, le droit français tend aujourd'hui à accepter la licéité de ces clauses en les considérant utiles pour le financement de la société, tandis que la réforme du droit grec des AE en 2007 les a expressément légalisées<sup>1352</sup>.

### **Les clauses statutaires aménageant la structure du pouvoir**

L'autre grand sujet concernant la liberté statutaire comme moyen de construction de sociétés de capitaux atypiques est celui du pouvoir. Comme nous avons vu dans la Partie I de notre étude, les deux droits sous comparaison – celui français et celui grec – consacrent des blocs importants de règles de droit impératif – d'ordre public sociétaire – à la réglementation de l'organisation et l'exercice du pouvoir dans les sociétés de capitaux et notamment dans les sociétés anonymes. Cette réglementation impérative imposante est justifiée par la considération que les sociétés en cause ne sont pas seulement des relations interindividuelles entre associés, mais aussi des structures d'organisation de la gouvernance privée économique, impliquant de la sorte des intérêts plus larges que ceux de seuls fondateurs et même l'intérêt général ainsi que des conflits d'intérêts potentiels entre différentes catégories d'associés. Pourtant, la tendance aujourd'hui est à reconnaître un espace plus large à la liberté statutaire même en la matière du pouvoir dans les sociétés de capitaux ; le fondement de cette tendance est la pensée que les particularités de la situation de plusieurs entreprises organisées juridiquement sous la forme de société anonyme nécessitent des régulations sur mesure des structures du pouvoir, adaptées aux situations spécifiques en cause, dans un environnement plus large de renouveau de la confiance à l'autonomie privée (v. supra). De la sorte, aussi bien en droit français qu'en droit grec, il y a reconnaissance de marges d'adaptation de la structure du pouvoir dans les sociétés anonymes par la liberté statutaire (v. d'ailleurs supra sur l'introduction en droit français de la SAS, forme de société par actions libérale) ; on ne doit pas toutefois méconnaître l'existence de limites très importantes d'ordre public en la matière, concernant notamment l'existence obligatoire de certains organes, de leur fonctionnement et pouvoirs et la répartition des compétences entre eux, dispositifs que les particuliers ne peuvent pas altérer par le biais de clauses statutaires (v. supra, Partie I sur ces dispositifs). En tout cas, comme

---

<sup>1352</sup> Sur les actions traçantes v. Y. Guyon, op. cit., no 113, et pour le droit grec art. 3 par. 2 L 2190/1920, tel qu'il résulte après la réforme de 2007.

dans le cas des clauses concernant les droits aux résultats, ce n'est pas tout aménagement ponctuel statutaire concernant le pouvoir dans la société qui suffise pour caractériser l'existence d'un montage tendant à produire des formes atypiques de sociétés de capitaux ; mais la connaissance de ce qui est licite ou non en matière de telles clauses statutaires pour le droit français et le droit grec est un préalable nécessaire pour la compréhension des montages statutaires tendant à la production de formes atypiques de sociétés anonymes par un ensemble de clauses statutaires dans lesquelles sont incluses celles d'aménagement du pouvoir, mais aussi pour la compréhension des montages extra-statutaires ayant la même finalité (v. infra, Chapitre II de ce Titre).

Le premier aspect de la question de la liberté statutaire en matière d'organisation du pouvoir dans les sociétés de capitaux françaises et grecques et notamment dans les sociétés anonymes concerne la prise des décisions par les assemblées des actionnaires et notamment l'élection des organes de direction, élection qui est, comme nous avons vu dans la Partie I, impérativement de la compétence de l'assemblée des actionnaires (v. toutefois supra sur l'exception de nomination d'un nombre d'administrateurs que les statuts de l'AE grecque peuvent reconnaître au profit d'un actionnaire selon l'art. 18 L2190/1920 et les limites de cette exception) ; comme nous avons vu dans la Partie I, l'élection est effectuée suivant le principe capitaliste ou d'égalité proportionnelle, selon la participation des actionnaires au capital social, cette participation déterminant les droits de vote de chacun d'eux (L225-98 C.com., 29, 31, 34 L2190/1920). Se pose ainsi la question de l'atténuation éventuelle par les statuts du pouvoir de la majorité en capital, comme moyen d'attribution d'éléments personnels à la société, le partage du pouvoir se faisant ainsi non suivant la participation au capital social, car le majoritaire peut se voir obligé de coopérer avec le minoritaire pour la prise des décisions, notamment dans l'élection des dirigeants. Une technique pour atténuer les éléments capitalistes en la matière en diminuant le pouvoir des majoritaires en capital serait de renforcer par le biais de clause statutaire le quorum et la majorité exigés pour l'élection des organes de direction<sup>1353</sup>. Toutefois, la marge de liberté statutaire dont disposent en la matière les fondateurs est plutôt réduite. Ainsi en droit français, par disposition expresse de la loi (L225-98 C.com.) est prévue que les statuts peuvent introduire un quorum plus élevé que celui légal du cinquième des actions ayant droit de vote sur première convocation pour l'assemblée ordinaire compétente pour élire les organes de direction – mais seulement pour les sociétés non cotées –, mais aucun quorum

---

<sup>1353</sup> Sur cet aspect de la question v. Y. Guyon, op. cit., no 164 suiv., M.-C. Monsallier, «L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme», LGDJ 1998, Chr. Mastrokostas (en grec) «La liberté d'aménager les droits de nomination et de révocation des membres du conseil d'administration», Chr. I. D. 2004, p. 289 suiv.

n'est exigé sur deuxième convocation, cette prévision étant de droit impératif ; plus essentiellement pour les efforts de construire des SA fermées, les décisions sont prises à la majorité absolue des actionnaires présents ou représentés et la question de l'introduction d'une clause de majorité renforcée pour l'assemblée ordinaire est débattue et douteuse<sup>1354</sup>. Le droit grec est plus libéral en la matière, car il accepte aujourd'hui expressément (29 par. 3,4, 31 par 3,4 L 2190/1920) la possibilité pour les statuts de l'AE d'augmenter le quorum et la majorité exigés pour la prise de décision par l'assemblée ordinaire, donc pour l'élection des administrateurs, jusqu'aux seuils exigés par la loi pour la prise de décision par l'assemblée extraordinaire, des augmentations au-delà de ces seuils étant a contrario prohibées (v. supra Partie I sur les quorum et majorité exigés pour la prise valable de décisions par les assemblées générales ordinaires et extraordinaires des AE grecques )<sup>1355</sup>. Mais seules les augmentations des quorums et surtout des majorités exigés peuvent ne pas suffire pour introduire un élément personnel aux sociétés anonymes françaises et grecques, car en fin de compte de telles augmentations correspondent à des exigences renforcées de participation au capital social qu'un actionnaire peut remplir, cet actionnaire pouvant ainsi agir indépendamment de tout élément personnel. En tout cas, sont inconcevables dans les deux droits sous comparaison comme contraires à la nature des sociétés anonymes des clauses statutaires qui introduiraient le principe de majorité arithmétique ou de double majorité (arithmétique et en capital) pour la prise des décisions par les assemblées des SA/AE. En plus, comme il est indéniablement d'ordre public pour les deux droits sous comparaison que la nomination des administrateurs est de la compétence de l'assemblée des actionnaires – avec l'exception importante mentionnée ci-dessus de l'art 18 par 3 L2190/1920 pour le droit grec (v. supra) –, la clause qui confierait cette tâche à d'autres personnes ou la ferait dépendre du consentement d'autres personnes (y compris un actionnaire pris comme individu) serait réputée non écrite pour le droit français ou nulle par le droit grec (v. supra Partie I pour le sens de ces termes – nous

---

<sup>1354</sup> Y. Guyon, op. cit., nos 164 -165, s'exprimant pour la validité des clauses de renforcement de majorité, sauf pour ce qui concerne la révocation des administrateurs, solution acceptée par la jurisprudence avant la loi de 1966 ; ainsi aussi Ph. Merle no 483 – contra le Traité de Ripert-Roblot par M. Germain-V. Magnier, no 1582, s'exprimant pour le caractère désormais impératif des règles sur le quorum et la majorité, comme les art. L225-121 C.com. sanctionne leur inobservation par la nullité .

<sup>1355</sup> Avant une réforme de 1995, la doctrine et la jurisprudence grecques acceptaient que les dispositions de la loi concernant le quorum et la majorité dans la société anonyme étaient d'ordre public dans les deux sens, en prohibant aussi bien la diminution que l'augmentation statutaire du quorum et de la majorité exigés, dans le souci de préserver le type légal de la société anonyme- sur les seuils exigés en droit grec pour la prise de décisions valable par la société anonyme v. supra, Partie I. V. sur l'ensemble de la question Chr. Mastrokostas, article précité.

croions en plus qu'est correcte l'opinion dans la doctrine française qui refuse de reconnaître la possibilité d'introduction d'actions de préférence donnant à leur possesseur un droit de nommer des membres du conseil d'administration, comme la loi réserve ce pouvoir à l'assemblée générale – v. supra sur ce débat) . Le même vaudrait pour la clause statutaire qui restreindrait trop le pouvoir de l'assemblée des actionnaires de choisir les administrateurs en introduisant des qualités nécessaires pour l'élection qui ne laisseraient pas essentiellement de marges de liberté pour l'assemblée<sup>1356</sup>. Débattue sur le même fondement est la question de la clause statutaire limitant le droit de l'assemblée de choisir des administrateurs, en prévoyant un dispositif d'élection de dirigeants parmi des listes proposées chacune pour un groupe différent d'actionnaires, selon un partage prédéterminé des sièges<sup>1357</sup>. Par contre, les clauses statutaires qui viseraient à introduire davantage de proportionnalité entre actionnaires dans la procédure d'élections des organes de direction (étant entendu par rapport à la participation au capital social) et restreindre ainsi la toute-puissance du majoritaire sont valables pour les deux droits sous comparaison, car conformes au principe d'égalité proportionnelle du droit de la société anonyme<sup>1358</sup>. Inacceptables sont d'autre part pour le droit français les possibilités d'aménagement statutaire du principe d'ordre public - commun aux deux droits sous comparaison- de la révocabilité des administrateurs ad nutum par l'assemblée générale ordinaire (v. supra

---

<sup>1356</sup> Cons. Const. 7 janvier 1988, Rev. soc. 1988, note Y. Guyon (condamnation sur le fondement du principe constitutionnel d'égalité de la clause qui exclurait pratiquement une catégorie d'actionnaires – même potentiellement majoritaires – de la direction de la société). V. en ce sens Y. Guyon, op. cit., no 173 suiv., M-C. Monsallier, op. cit. no 120 suiv. Chr. Mastrokostas, op. cit., p. 293. Réputée non écrite ou nulle devrait ainsi être réputée pour les deux droits sous comparaison une clause statutaire qui réserverait le droit de se faire élire aux seuls actionnaires fondateurs qui, dans l'évolution de la vie sociale et à la suite d'augmentation de capital successives seraient désormais minoritaires. Seraient par contre valables les clauses statutaires introduisant des exigences objectives et non discriminatoires pour l'élection de personnes aux postes des administrateurs d'une société anonyme.

<sup>1357</sup> V. Y. Guyon op. cit., no 173, Chr. Mastrokostas op. cit., p. 293.

<sup>1358</sup> En fait la conception traditionnelle et typique du principe majoritaire dans les sociétés de capitaux est que le majoritaire prend tout, pouvant élire l'ensemble des membres des organes de direction dans l'assemblée qu'il contrôle. Plus conforme au principe d'égalité proportionnelle est toutefois l'introduction dans les statuts de dispositifs tendant à moduler la participation aux organes de direction à celle au capital social, en limitant ainsi la toute-puissance du majoritaire. V. sur ces dispositifs Y. Guyon, op. cit. nos 269 suiv., Chr. Mastrokostas, op. cit., p. 291 suiv. La réforme du droit grec des sociétés anonymes a expressément reconnu la possibilité pour les statuts d'introduire la faculté de proposition de listes de candidats et les élections des membres du conseil d'administration selon les voix qu'obtient chaque liste. Il s'agit d'un dispositif tendant à mieux affirmer l'égalité proportionnelle dans la société suivant les voix exprimés dans l'assemblée, non d'un droit personnel de certains actionnaires de proposer des listes; son adoption suppose d'ailleurs que les statuts n'aient pas adopté de dispositif de l'art. 1833 L2190/1920, reconnaissant le droit individuel d'un actionnaire de nommer un nombre des membres du conseil d'administration.

Partie I sur le sens et le caractère d'ordre public de ce principe dans le cadre des SA avec conseil d'administration, qui sont le type de loin plus répandu de SA), tandis que le droit grec a aujourd'hui une attitude plus permissive en la matière. En droit français est de la sorte indéniablement réputée non écrite la clause statutaire augmentant le quorum et la majorité nécessaires pour la révocation des administrateurs<sup>1359</sup>. Par contre, la doctrine grecque majoritaire accepte que la réforme permettant l'augmentation par les statuts du quorum et de la majorité exigés pour la prise de décision de l'assemblée ordinaire jusqu'aux seuils exigés pour la prise de décisions par l'assemblée extraordinaire (v. supra) permet aussi de telles clauses concernant la révocation des administrateurs (v. en plus supra Partie I sur l'exception importante de la non révocabilité par l'assemblée des administrateurs nommés par l'un des actionnaires sur le fondement d'une clause statutaire introduite conformément à l'art. 18 par. 3 L2190/1920 et infra sur l'utilisation de ce dispositif dans un montage de dissociation de la majorité en capital et du pouvoir)<sup>1360</sup>. Le droit grec permet ainsi davantage de stabilité aux administrateurs que le droit français, avec une possibilité concomitante de davantage d'atténuation de la domination du majoritaire dans la structure du pouvoir des SA/AE en cas de présence d'une minorité importante. Pour le reste, seraient réputées non écrites pour le droit français ou nulles pour le droit grec (v. Partie I pour le sens des termes) les clauses statutaires ayant directement ou indirectement comme effet de restreindre la liberté des actionnaires de procéder à la révocation des administrateurs par l'introduction d'exigence de juste motif ou de cause grave pour la révocation ou par l'exigence de préavis pour le développement des effets de la révocation<sup>1361</sup>. Ce dispositif

---

<sup>1359</sup> Y. Guyon, op. cit. no 165. Le principe d'ordre public de la révocabilité ad nutum des administrateurs limite aussi la possibilité présentée ci-dessus d'augmentation de la majorité requise pour la prise de décisions par l'assemblée ordinaire.

<sup>1360</sup> V. N. Rokas, op. cit., p. 293, Chr. Mastrokostas, op. cit. p. 290. Contra V. Antonopoulos, op. cit., p. 393 et une partie de la jurisprudence (Symvoulío Epikrateias –CE grec – 592/2001, Nom. V. 2002, P. 1801, Mon. Prot. –TI- Athènes 177/2002, Deltio AE/EPE 2004, p. 14, 5079/2002, EEmpD 2002, p. 572.

<sup>1361</sup> V. p. ex. dans la jurisprudence française C. cass. Ch. com. 17 janvier 1984, Gaz. Du Palais 1989, 389 (réputée non écrite la clause statutaire prévoyant le préavis de l'administrateur sous révocation), CA Paris 30 octobre 1976, Rev. soc. 1977, 695 obs. D. Schmidt (nullité de la clause prévoyant que les autres actionnaires sont obligés de racheter les actions de l'administrateur à un prix double de celui marchand). Sur la révocabilité ad nutum des administrateurs comme fondée sur la disposition d'ordre public de l'art. 19 par. 2 L2190/1920 et l'impossibilité d'introduire des restrictions à ce droit de l'assemblée v. V. Antonopoulos, op. cit., p.393-394, N. Rokas, op. cit., p. 292-293. Nulles ou réputées non écrites sont ainsi considérées traditionnellement les clauses introduisant la révocabilité pour juste motif au lieu de la révocabilité ad nutum du dispositif légal – pourtant, selon M. Chr. Mastrokostas (op. cit. p. 297), la nouvelle rédaction de la loi grecque permettrait de prévoir la révocation pour juste motif des administrateurs ou le préavis pour la révocation avec un quorum et une majorité moindres que ceux légalement prévus pour la prise de décision par l'assemblée générale statutaire. La tendance de « judiciarisation » du processus de

d'ordre public de révocabilité ad nutum par l'assemblée écarte la possibilité d'aménagements du pouvoir plus radicaux et d'attribution plus décisive aux SA/AE d'éléments personnels, avec des dissociations majeures statutaires entre participation au capital et pouvoir de révoquer les dirigeants. Il est d'autre part à rappeler que la réforme du droit grec des AE de 2007 a permis l'introduction de clauses statutaires imposant l'unanimité pour les sujets relevant selon la loi de la compétence de l'assemblée extraordinaire (v. art. 29 par. 3 et supra Partie I sur ces sujets, qui toutefois n'englobent pas toute modification statutaire), possibilité permettant le renforcement décisif des éléments personnels dans les AE et la création d'AE fermées, départant beaucoup du modèle classique de domination par le majoritaire en capital, sans recours à des montages plus compliqués. L'introduction de telles clauses en droit français n'est pas par contre possible pour les SA car, si les statuts peuvent renforcer le quorum exigé par la prise valable de décision par l'assemblée extraordinaire pour les SA non cotées, la prise de décisions par une majorité de deux tiers présents ou représentés (L225-96 al. 3 C. com.) semble être d'ordre public dans les deux sens, et de la sorte des clauses statutaires imposant l'unanimité au-delà des cas où la loi l'exige ou simplement augmentant la majorité exigée par la loi pour les délibérations de l'assemblée extraordinaire doivent être réputées non écrites. Ne serait pas non plus licite la clause statutaire qui interdirait la modification des statuts même temporairement (clause de pérennité), car elle serait contraire aux pouvoirs ex lege d'ordre public de l'assemblée extraordinaire. Par contre, des clauses d'unanimité semblent permises pour les SAS<sup>1362</sup>.

De nouveau pour ce qui concerne les organes de direction, la révocabilité ad nutum du président-directeur général par le conseil d'administration de la SA – qui à son tour est

---

révocation des dirigeants présentée en droit français (v. supra) rend aujourd'hui plus difficile la question des frontières de la liberté statutaire en la matière. Sur l'appréciation in concreto de la validité des clauses statutaires concernant la révocation des dirigeants v. G. Goffaux-Gallebault, thèse précitée, no 265, M.- Ch. Monsallier op. cit., no 255 suiv., Chr. Mastrokostas op. cit. p. 301. En droit grec, les clauses statutaires concernant l'indemnisation du dirigeant révoqué (si bien sûr on les considère valables dans leur principe) peuvent subir la réforme en justice de l'art. 24 L2190/1920 comme rémunérations (v. supra Partie I) ou être réputées clauses pénales, avec la possibilité de leur diminution en justice si elles prévoient une indemnisation excessive (art. 409 AK) –v. infra sur la question des indemnisations de départ des dirigeants.

<sup>1362</sup> V. sur la prise de décisions par l'assemblée extraordinaire et les limites de la liberté statutaire M. Germain- V. Magnier in *Traité de Ripert-Roblot*, no 1594, Ph. Merle nos 491 suiv., insistant sur le caractère impératif de la disposition de l'art. L225-96 al. 3. V. sur les clauses de pérennité des statuts, v. Y. Guyon, op.cit, no 161, les réputant illicites même si elles temporaires, sur le fondement des compétences ex lege et d'ordre public de l'assemblée extraordinaire et de l'abandon de la théorie des bases essentielles du contrat de société, parce qu'elle empêchait l'adaptation des sociétés à leur environnement toujours mouvant – v. pourtant P. Mousseron, op. cit., no 426, ne mettant pas en doute la licéité des clauses de gel des statuts à durée limitée.



librement révocable par l'assemblée- est d'ordre public et exclut la possibilité d'introduction des clauses statutaires permettant une dissociation à ce niveau du capital et du pouvoir en garantissant la pérennité au président-directeur général. Il est aussi à rappeler que la révocabilité pour juste motif prévue en droit français pour les membres du directoire et le directeur général (en cas de dissociation entre cette fonction et la fonction du président du conseil d'administration -v. supra, Partie I) signifie seulement droit de dommages-intérêts pour le dirigeant en cas de révocation sans un tel motif (exigence que les tribunaux français interprètent assez libéralement, en y englobant la différence de points de vue sur l'évolution de la société, si la différence en cause peut nuire à l'efficacité de la société et à l'intérêt social) ; par contre, devraient être réputées impérativement exclues les clauses statutaires qui feraient de l'inexistence de juste motif une cause de nullité de la révocation ou l'introduction d'un droit de réintégration du dirigeant révoqué, car même dans ces cas la révocation est libre, et en tout cas la révocation même sans juste motif est preuve d'une rupture de la confiance entre actionnaires et membres du directoire ou membres du conseil d'administration et directeur général. Il est d'autre part à noter que le droit français n'est pas explicite quant à la possibilité des statuts de renforcer la majorité nécessaire pour la révocation par le conseil d'administration du président-directeur général (révocable ad nutum) ou du directeur général (révocable pour juste motif), sa solution générale en la matière étant toutefois que le renforcement de la majorité nécessaire pour la prise de décisions par le conseil est permise (v. supra, Partie I et infra plus particulièrement sur cette question). En droit grec, la révocabilité ad nutum d'ordre public est applicable dans les relations du conseil d'administration des AE grecques et du délégataire du pouvoir membre ou non du conseil auquel ce dernier peut sur fondement de prévision statutaire confier ses pouvoirs de gestion ou de représentation de la société (v. supra Partie I sur le conseiller dirigeant ou directeur général et son rôle dans la structure de l'AE) ; l'introduction de clauses statutaires restreignant le droit du conseil de révoquer à tout moment le délégataire –p. ex. des clauses de révocation seulement pour cause grave ou sous respect d'un préavis- est ainsi réputée prohibée<sup>1363</sup> (v. pourtant ci-dessous sur un montage sur fondement de pacte extrastatutaire visant à garantir au délégataire dans une très large mesure l'irrévocabilité). Nous voyons de la sorte que finalement les deux droits sous comparaison – bien qu'avec des différences non négligeables – n'offrent pas de possibilités directes particulièrement larges d'aménagement des dispositifs d'élection et de révocation

---

<sup>1363</sup> V. p. ex. V. Antonopoulos, manuel précité sur les AE et EPE, p. 437, cet auteur soutenant en plus que le délégataire est révocable impérativement à la majorité légale pour la prise de décisions du conseil, en excluant ainsi l'effectivité de la prévision de majorité renforcée en la matière.

des organes de direction des SA/AE visant à la dissociation de la participation au capital et du pouvoir de déterminer les personnes des dirigeants, malgré la renaissance de la liberté statutaire. Il est pourtant vrai que le droit grec est plus libéral que le droit français en matière d'élection et de révocation des administrateurs et qu'on a vu ainsi dans la pratique grecque des montages tendant à attribuer au minoritaire le poste du conseiller dirigeant tout en lui garantissant largement la direction de la société et l'irrévocabilité (v. infra) – mais des incertitudes importantes demeurent en la matière. Ces limites de la liberté statutaire sont facilement explicables, car des dissociations majeures entre le risque (la participation au capital) et le pouvoir présentent dans les SA/AE- structures typiques pour l'organisation juridique de l'entreprise importante- des dangers évidents. Les particuliers aspirant à un tel aménagement plus conforme à leurs situations concrètes doivent de la sorte soit se tourner vers d'autres formes sociétaires (c'est d'ailleurs l'utilité principale de la SAS et de la commandite par actions françaises mais aussi des SARL/EPE/IKE), soit s'efforcer d'organiser de tels aménagements du pouvoir des SA/AE par le biais des effets indirects de convention extrastatutaires (v. infra)<sup>1364</sup>.

On peut d'autre part constater que la reconnaissance par les deux droits sous comparaison de la possibilité d'introduction statutaire d'actions de préférence ou privilégiées sans droit de vote permet une dissociation de la participation au capital de celle au pouvoir, car il est évident que de la sorte une minorité dans le capital peut contrôler la direction de la société, les parties pouvant ainsi faire l'économie de montages plus compliqués (v. supra Partie I sur les actions sans droit de vote en droit français et en droit grec et la réglementation plus stricte du droit français en matière de maximum du pourcentage du capital social de telles actions) ; mais il serait difficile de soutenir que cela est une modalité d'introduction d'éléments personnels dans les SA/AE, du moins si l'on considère isolément ces clauses, car les actions sans droit de vote expriment un échange de droits politiques contre des privilèges patrimoniaux (bien que le droit français reconnaisse en théorie la possibilité de privation du droit de vote sans contrepartie patrimoniale) ; il s'agit donc d'une logique d'un relâchement encore plus grand dans les SA/AE de l'affectio societatis et de la poursuite d'un but commun dans une communauté de décisions, des éléments qui caractérisent les sociétés de personnes davantage que les sociétés de capitaux, et non d'une introduction d'éléments personnels dans les sociétés de capitaux. La question se pose par la suite de l'utilisation possible dans le but de construire des formes sociales de capitaux atypiques, prenant en compte les qualités personnelles des participants, de l'octroi à certains actionnaires de droits politiques renforcés, de sorte que le principe d'égalité

---

<sup>1364</sup> V. art. L 227-9 C. com. sur l'organisation du pouvoir dans la SAS.

proportionnelle à la participation au capital social se trouve aménagé. L'intérêt pour l'introduction de telles clauses est particulièrement grand dans le cadre des opérations de capital-risque, le capital-risqueur voulant toujours se réserver des droits politiques renforcés dans le but de contrôler le plus étroitement possible la marche de l'affaire sociale<sup>1365</sup>. L'octroi de droits politiques particuliers est aujourd'hui libéralisé mais aussi réglementé en droit français par le biais des actions de préférence et des avantages particuliers (L225-147, L228-11 C.com. – v. supra, Partie I). L'introduction de ces techniques par la loi a permis aux praticiens de faire l'économie d'efforts et de montages plus compliqués pour aboutir aux buts particuliers chaque fois recherchés. Par contre en droit grec, comme nous avons vus dans la Partie I, il n'est pas possible pour une société d'émettre des actions privilégiées avec droits politiques renforcés. La jurisprudence grecque reconnaît toutefois la possibilité d'introduire par le biais de clauses statutaires des droits politiques renforcés au profit de certains actionnaires déterminés, sans incorporation de ces droits aux actions possédées par les bénéficiaires<sup>1366</sup>. Pourtant, indépendamment de la technique utilisée et des différences entre les deux droits sous comparaison, en aucun cas les droits politiques supplémentaires octroyés par les statuts ne doivent pas porter atteinte à l'organisation légale du pouvoir dans la société anonyme telle que voulue par les deux ordres publics sociétaires sous comparaison. Ainsi, en aucun des deux droits ne serait, semble-t-il, possible l'octroi statutaire d'un droit de veto aux décisions du conseil d'administration et a fortiori l'octroi d'un pouvoir de gérance collective ou individuelle des actionnaires au sens du droit des sociétés de personnes ; douteuse serait aussi en droit français -malgré la reconnaissance de principe des actions de préférence avec des droits politiques- l'émission de telles actions donnant à leur titulaire un droit de participation au conseil d'administration ou un droit de nommer un nombre des membres de ce dernier et a fortiori la majorité<sup>1367</sup>. De

---

<sup>1365</sup> V. sur cet aspect F.-D. Poitral, op. cit., no 548 suiv.

<sup>1366</sup> Ainsi déjà Areios Pagos 459/1989 EEmpD 1990, p. 428 suiv.

<sup>1367</sup> Ainsi pour le droit français sur le droit de veto R. Kaddouch «LBO: actions de préférence au pactes d'actionnaires», JCP E 2006, p. 1072, ANSA, Comité juridique No 005-002, 5 janvier 2005, p. 3, A. Couret- H. Le Nabasque et al. «Droit financier», no 443. Pour la reconnaissance toutefois d'un droit de veto P. Mousseron op. cit. no 287, suggérant aussi la possibilité d'une clause obligeant l'actionnaire faisant obstacle à certaines décisions importantes à céder ses titres ou à se plier à un mécanisme de déblocage. Pour M. F.-D. Poitral op. cit. no 572 il y aurait la possibilité d'attribuer aux actions de préférence un droit d'autorisation préalable de certaines décisions de la société, pourvu qu'elles ne vident pas complètement le pouvoir de l'organe compétent pour les décisions concernées, les répartitions des pouvoirs étant de droit impératif dans les SA. Pour la reconnaissance par les actions de préférence de droits de veto et de nomination de membres du conseil P. Le Cannu- B. Dondero, no 1143. Contre ces possibilités sur le fondement des compétences d'ordre public des assemblées M. Germain- V. Magnier. Pour le droit grec v. S. Mousoulas, art.

la sorte, on doit remarquer plus généralement que l'organisation impérative du pouvoir notamment dans les sociétés anonymes laisse peu de place à de tels efforts d'«hybridation» de ces sociétés avec l'introduction de clauses statutaires renforçant l'élément personnel dans la structure du pouvoir<sup>1368</sup>.

### **Les clauses statutaires concernant la dissolution de la société**

Le dernier aspect concernant la question de l'étendue de la liberté statutaire quant à la construction de formes sociales de capitaux atypiques concerne les causes de dissolution des sociétés de capitaux. Les statuts pourraient-ils attribuer aux sociétés de capitaux et plus particulièrement à la société anonyme des éléments de sociétés de personnes, en introduisant des causes de dissolution relatives à la situation personnelle des actionnaires (mort, faillite, incapacité ou, pour les actionnaires personnes morales, fusion ou changement de contrôle)? Plus particulièrement pour le droit grec, les statuts pourraient-ils reconnaître aux actionnaires, à l'instar du droit traditionnel des associés des sociétés de personnes, un droit de résiliation de la société anonyme par acte unilatéral? Introduire de tels éléments personnels dans les statuts des sociétés de capitaux peut exprimer juridiquement le fort *intuitus personae* existant dans certains cas entre actionnaires et le rôle décisif de cet *intuitus personae* dans la constitution de ces sociétés ; pourtant, les sociétés anonymes sont légalement destinées à former la structure juridique de financement et de gouvernance d'entreprises rendues juridiquement autonomes par rapport aux personnes de leurs fondateurs. Comme nous avons vu dans la Partie I, le droit français semble libéral quant à l'introduction de clauses statutaires de dissolution de la société supplémentaires à celles prévues par la loi (1844-7 C.civ.) et de la sorte on pourrait dire que le libéralisme règne quant à l'attribution d'éléments personnels à la dissolution des sociétés anonymes – il semble toutefois que le coût fiscal de la dissolution précoce de la société est prohibitif pour

---

précité, p. 253- 254. Sur l'exclusion de la collectivité des actionnaires de la gestion de la société v. supra Partie I et la bibliographie y citée.

<sup>1368</sup> Une question mentionnée supra est celle concernant la possibilité d'introduire dans les sociétés anonymes avec deux actionnaires à participations égales d'une clause statutaire prévoyant l'intervention d'un arbitre allant prendre les décisions pour la société en cause de blocage. L'admission d'une telle possibilité serait bien sûr un pas important vers la reconnaissance de façonnement de sociétés anonymes atypiques. V. toutefois contre la possibilité en cause S. Mousoulas op. cit. p. 254-255 – avec références à la bibliographie française. Positif à l'égard d'une telle introduction P. Mousseron op. cit. no 986. V. aussi le nouvel art. 48a par. 2 L2190/1920 tel qu'il résulte après la réforme de 2007 donnant une solution différente au problème du blocage dans les AE à participations égales (dissolution en justice de la société à la demande de tout actionnaire)

l'introduction de telles clauses<sup>1369</sup>. En droit grec, la doctrine est partagée quant à la possibilité d'introduction de clauses statutaires de dissolution des AE inspirées du droit des sociétés de personnes<sup>1370</sup>. Nous croyons que la destination légale de l'AE de constituer la forme juridique par excellence de l'entreprise importante exclut dans le silence de la loi la licéité de telles clauses qui pourraient mettre fin à des entreprises pour le reste prospères. Il semble plus généralement que les problèmes nés dans les sociétés anonymes par la survenance d'événements brisant l'intuitus personae entre actionnaires peuvent être mieux affrontés avec le recours aux clauses de retrait et d'exclusion (v. supra)<sup>1371</sup>. D'ailleurs, la réforme de 2012 du droit grec des sociétés de personnes avec personnalité morale a supprimé, comme nous avons vu supra, le droit ex lege des associés de résilier par acte unilatéral la société, et bien que la prévision statutaire d'un tel droit semble encore possible, on peut tirer de cette évolution un argument contre l'opportunité de la reconnaissance de la licéité de clauses de résiliation pour les AE.

## **B. Certains cas de montages concernant la construction de formes sociales de capitaux atypiques ou de structures de pouvoir atypiques en Grèce**

Nous allons par la suite présenter deux montages ayant été rencontrés dans la réalité grecque, montages utilisant des ensembles de stipulations statutaires dans le but de produire soit des formes sociales de capitaux atypiques et même hybrides, soit au moins des structures de pouvoir atypiques dans certaines sociétés anonymes. L'examen de ces montages sera d'ailleurs utile pour pouvoir comparer avec des exemples concrets les possibilités offertes par les droits français et grec en matière de construction de société de capitaux atypiques par le biais de l'utilisation d'ensembles de clauses statutaires.

### **Un cas de forme sociale atypique grecque synthèse de société anonyme et de coopérative**

---

<sup>1369</sup> V. M. Cozian - A. Viandier - Fl. Deboissy, *ibid.*

<sup>1370</sup> V. Antonopoulos, *op. cit.*, p. 492, N. Rokas, *op. cit.*, p. 180 (s'exprimant pour la reconnaissance d'un tel droit dans les AE fermées), 476.

<sup>1371</sup> On devrait pourtant réputer prohibées les clauses d'exclusion de l'héritier en cas de mort d'un actionnaire. Par contre les clauses attribuant à l'héritier un droit de retrait à la charge des autres actionnaires sont licites – v. P. Mousseron, *op. cit.*, no 683 et *ibid.* sur les techniques de financement de l'achat des actions de l'actionnaire décédé par assurance-vie, création de patrimoine d'affectation, promesse de prêt bancaire.

Le premier cas de figure de société de capitaux atypique que nous allons présenter a été rencontré dans la pratique grecque et se profile comme une tentative d'organiser par le biais de l'utilisation de clauses statutaires d'une société qui – tout en se présentant comme société anonyme du droit grec (AE) – est en fait une synthèse de société anonyme et de coopérative, ce montage étant mis en lumière par une consultation-étude du Pr. L. Kotsiris<sup>1372</sup>. Il s'agissait de plusieurs sociétés avec comme objet l'exploitation de cliniques d'accouchement, dont les statuts prévoyaient les clauses suivantes : d'abord que seulement des médecins obstétriciens pouvaient être actionnaires de la société, que les actions de la société étaient toutes obligatoirement nominatives, ne pouvant être cédées qu'à un autre médecin obstétricien (déjà actionnaire ou non) et seulement après agrément du conseil d'administration de la société. Le conseil pouvait refuser l'agrément seulement pour cause grave, étant dans ce cas obligé de proposer un autre médecin auquel la cession des actions aurait lieu, les statuts reprenant ainsi sur ce point le dispositif français selon lequel l'actionnaire ne peut devenir prisonnier de son titre (v. supra). En plus, les médecins actionnaires étaient obligés par les statuts d'offrir leurs services personnels pour le fonctionnement de la clinique suivant le règlement intérieur ou les décisions de l'assemblée générale. Les médecins obstétriciens actionnaires avaient selon ces statuts le droit d'utiliser l'établissement de la clinique exploitée par la société pour leur clientèle personnelle, mais aussi ils étaient toujours selon les statuts obligés de recevoir et de servir leur clientèle personnelle dans cet établissement, avec une rémunération de la société à la charge des clients ; les statuts imposaient en plus une clause de non-concurrence particulièrement étendue à la charge des actionnaires, ces derniers ne pouvant ni exercer leur profession en dehors de la société, ni coopérer avec d'autres sociétés avec le même objet, ni renvoyer leurs clients pour des actes médicaux entrant dans l'objet de la société à d'autres cliniques. Les actionnaires étaient aussi obligés par les statuts de signer un "contrat de coopération" avec la société, ce contrat spécifiant leurs droits et obligations à l'égard de cette dernière. Les statuts organisaient par la suite un dispositif de sanctions en cas de violation des obligations des actionnaires, sanctions commençant avec la prohibition à l'actionnaire défaillant d'utiliser l'établissement de la société, continuant avec l'action en omission des actes dommageables et en dommages-intérêts, avec l'introduction d'une clause pénale jusqu'au triple de la valeur nominale de la participation de l'actionnaire pour chaque manquement, prévoyant aussi l'exercice de l'action en concurrence déloyale et allant

---

<sup>1372</sup> V. (en grec) L. Kotsiris « AE coopérative -agrément de la cession d'actions – obligations supplémentaires d'actionnaires » (consultation), DEE 1997, p. 449.

jusqu'à l'exclusion de l'actionnaire défaillant par le rachat de ses actions (aboutissant à la réduction du capital social), à un prix déterminé par l'assemblée générale.

De l'étude de l'ensemble de ces clauses statutaires il résulte qu'il ne s'agissait pas de simples régulations statutaires ponctuelles, mais de la création d'une forme sociale atypique façonnée par l'autonomie privée sur le fondement de la forme sociale de la société anonyme du droit grec (AE). Il s'agissait de la sorte d'un effort d' "aménager" le *numerus clausus* d'ordre public de formes sociales du droit grec, sans entrer en conflit direct avec lui, à savoir d'un montage tels que les entendons (v. supra notre Introduction). Selon le Pr. Kotsiris, la combinaison d'obligations supplémentaires des actionnaires au-delà de l'obligation principale de libération des apports et de sanctions sévères pour la violation de ces obligations, de la clause d'agrément des actions et de cet agrément avec les obligations supplémentaires créent une forme sociale atypique, synthèse entre la forme sociale de la société anonyme (AE) avec un contenu de nature coopérative<sup>1373</sup>. Il n'y a aucun doute sur la validité de principe de l'AE en cause comme société, les causes de nullité des AE étant étroitement et exclusivement énumérées dans la loi (art. 4a L 2190 – v. supra Partie I) – de la sorte le montage en cause est valable pour le droit grec. Sont aussi valables pour le droit grec avec effet de droit des sociétés les clauses d'agrément mais aussi les clauses exigeant des qualités supplémentaires des actionnaires, cette dernière clause étant justifiée par l'objet social des sociétés en cause. Les clauses utilisées pour la construction du montage en cause avec l'introduction d'obligations supplémentaires sont aussi en principe valables pour le droit grec, comme nous avons vu ci-dessus, avec cette restriction importante par rapport au droit français que les obligations supplémentaires assumées dans les statuts n'ont pas valeur de droit des sociétés mais du droit commun des obligations, sur le fondement du principe d'ordre public limitant les obligations de l'actionnaire à la libération de son apport, étant par conséquent réputées contenu "extrastatutaire" des statuts (v. supra) : la conséquence en est que le cessionnaire des actions doit assumer lui aussi un pareil engagement d'obligations supplémentaires à l'égard de la société, la cession de l'action n'opérant pas ipso facto cession de ces obligations à la charge du cessionnaire. La clause d'agrément contenue dans les statuts est dans ce cas interprétée comme faisant dépendre la cession à la volonté du cessionnaire d'assumer lui aussi les obligations supplémentaires qu'avait assumées le cédant<sup>1374</sup>. Le conseil d'administration a en plus le droit de refuser l'agrément de la cession seulement pour des causes concernant la personne du

---

<sup>1373</sup> L. Kotsiris, op. cit, p. 451. Selon le Pr. Kotsiris, l'AE en cause combine l'élément coopératif avec le nombre limité des actions et la possibilité d'introduction des clauses d'agrément rencontrée dans les AE.

<sup>1374</sup> L. Kotsiris, op. cit., p. 455.

cessionnaire comme non acceptable pour participer à la société<sup>1375</sup>. Mais plus particulièrement sur la clause de non concurrence, on pourrait soutenir qu'elle a de pleins effets du droit de sociétés, car elle rend expresse une obligation de non concurrence existant selon une partie de la doctrine de droit pour les actionnaires des AE fermées et avec un fort *intuitu personae*, découlant de l'obligation renforcée de loyauté existant dans ces sociétés à la charge des associés (v. supra). Plus particulièrement pour ce qui concerne les sanctions imposées par les statuts en cas de manquement des actionnaires à leurs obligations, il s'agit de sanctions dans leur plupart relevant du droit commun des obligations, suivant la nature des clauses imposant aux actionnaires des obligations supplémentaires, et sont soumises aux restrictions imposées par ce droit (notamment l'exigence dans le silence des parties de faute du débiteur comme fondement de la responsabilité pour manquement à ses obligations contractuelles et la possibilité de restriction de droit impératif pour les clauses pénales excessives)<sup>1376</sup>. Relève par contre du droit des sociétés la clause d'exclusion de l'actionnaire manquant fautivement à ses obligations. Si l'on considère que les obligations en cause sont de nature extra-sociétaire, se pose la question de l'impact possible d'actes extrastatutaires au fonctionnement de la société elle-même, dans le cas que nous examinons par la décision de l'assemblée d'imposer la sanction drastique de l'exclusion à l'actionnaire fautive (v. infra sur cette question à l'occasion des développements sur les pactes extrastatutaires). Nous croyons pourtant que la clause que nous examinons doit être réputée elle-même licite, bien qu'elle introduise une sanction de nature sociétaire (l'exclusion de l'actionnaire) pour la violation d'obligations réputées extrasociétaires, parce qu'elle introduit des causes spécifiques d'exclusion servant l'intérêt social, si l'on tient compte de l'objet social et du caractère particulier de la société en cause. Davantage de doutes engendre la prévision selon laquelle le prix du rachat forcé serait déterminé unilatéralement par l'assemblée, cette dernière étant en tout cas liée dans sa décision par le principe général de la bonne foi et par la prohibition de l'abus de droit (281, 288 AK), ainsi que par la protection constitutionnelle de la propriété ou du moins de sa

---

<sup>1375</sup> L. Kotsiris, op. cit., p. 453 suiv.

<sup>1376</sup> La responsabilité civile du débiteur pour manquement à ses obligations suppose sa faute au sens de l'aspect subjectif de la responsabilité (intention ou négligence), ne pouvant pas de la sorte en principe être activée en cas d'impossibilité non fautive d'exécution de la prestation (330 AK) – mais il ne s'agit pas d'un dispositif d'ordre public, les parties pouvant décider autrement. Le droit de la concurrence déloyale n'a pas application aux professions libérales, et par conséquent il ne peut pas donner un fondement aux actions de la société contre l'actionnaire défaillant. L'activation de la clause pénale suppose le concours de la faute de l'actionnaire (intention ou négligence) ayant abouti à la violation de ses obligations (art. 405 AK) et le débiteur a toujours – de droit impératif selon l'art. 408 AK – le droit de demander au tribunal de diminuer une clause pénale excessive – v. sur ces aspects L. Kotsiris, *ibid.*



valeur en cas d'expropriation légitime (v. supra Partie I sur l'effet des dispositions constitutionnelles protégeant les droits subjectifs dans les relations privées et la reconnaissance aux actions de la pleine protection de la propriété). Nous voyons de la sorte que les clauses formant le montage que nous discutons peuvent être juridiquement assez efficaces, bien que certaines d'elles ne puissent pas développer pour le droit grec de pleins effets de droit de sociétés, à savoir suivre ipso facto la cession des actions et acquérir une autonomie par rapport au droit commun des obligations. Le montage en cause réussit de la sorte largement de construire un type social atypique sans entrer en conflit direct avec le *numerus clausus* d'ordre public du droit grec des sociétés – un type social adapté aux besoins d'entreprises en commun particulières, fondées sur l'*intuitus personae* entre les participants et à leur travail personnel, non seulement à leurs apports, comme c'est le cas avec la conception typique la loi, tout en leur offrant en même temps les avantages de la forme sociale de la société anonyme (responsabilité limitée, mais aussi le prestige traditionnellement attribué à cette forme sociale, combinée dans l'esprit du public avec l'exercice de la grande entreprise). Le montage en cause serait aussi licite pour le droit français, ses éléments pouvant en plus faire tous partie des statuts au sens plein, le droit français ne connaissant pas un principe d'ordre public de limitation des obligations de l'actionnaire à son apport (v. en plus supra sur la licéité en droit français de chacune des clauses utilisées dans le montage décrit). L'actionnaire éventuellement exclu serait en plus mieux protégé qu'en droit grec par l'application d'ordre public de l'art. 1843-4 C.civ. protégeant la valeur des droits sociaux dans tout cas de rachat forcé de ces derniers par la société (v. supra Partie I).

#### **Un cas d'effort rencontré dans la pratique grecque d'organiser une structure atypique du pouvoir dans une AE**

Le montage que nous allons présenter à cette place – rencontré lui aussi dans la pratique grecque – a visé, en utilisant les marges de liberté statutaire laissées par la loi dans les AE, à une construction atypique du pouvoir, en prenant en compte la particularité de la situation concrète et les équilibres voulus par les participants. Le droit grec des AE adopte, comme nous avons vu dans la Partie I, un principe d'égalité proportionnelle entre actionnaires, étant entendu proportionnelle à la participation au capital social, aboutissant, conformément à la nature de l'AE comme société de capitaux, au contrôle de la société par le majoritaire en capital (art. 30 L2190/1920). Toutefois, dans une société anonyme importante grecque dans les années 1990, et dans le cadre de la cession d'un bloc de contrôle à une société multinationale française (Générale Biscuits SA), les participants –

désormais les deux seuls actionnaires de la société- ont voulu un équilibre différent, ayant convenu que la direction de la société serait largement restée entre les mains de la cédante ancienne majoritaire, personne physique de nationalité grecque, qui maintenait une position minoritaire importante dans la société. Ainsi, selon les stipulations d'un pacte extrastatutaire (v. infra Chapitre II de ce Titre sur les pactes entre associés), les parties ont avancé à une modification des statuts, en exploitant les marges de liberté laissées par la loi grecque pour construire une structure atypique de pouvoir. Les statuts de la société en cause prévoyaient désormais que le conseil d'administration de la société devait élire un de ses membres comme conseiller dirigeant, auquel serait transféré l'ensemble des pouvoirs et compétences du conseil, sauf ceux exigeant, selon les termes des statuts, "une action collective". Les statuts confiaient plus spécialement au conseiller dirigeant la direction et gestion de toutes les affaires sociales, ainsi que la représentation de la société à l'égard de toute autorité et de tout tiers. Le pacte extrastatutaire entre cédant et cessionnaire réservait la position du conseiller dirigeant à la cédante désormais minoritaire dans la société. Il est à rappeler à cette place que la loi grecque sur les AE, tout en introduisant le principe de l'action collective du conseil d'administration de l'AE, au sens que la direction-gestion et représentation de la société- est exercée collectivement par le conseil, sans prévision ex lege d'un organe distinct "exécutif" comme le président-directeur général ou directeur général des SA du droit français, permet aux statuts d'autoriser le conseil d'administration à déléguer ses pouvoirs de gestion et de représentation de la société à une ou plusieurs personnes, membres ou non du conseil, la pratique ayant ainsi façonné le rôle du conseiller dirigeant (diefthion symvoulos –aujourd'hui consacré dans l'art. 22 par. 3 L2190/1920)<sup>1377</sup>. Les statuts de la société en cause ont aussi reconnu à la cédante minoritaire un droit de nommer deux des sept membres du conseil, en exploitant la possibilité laissée par l'art. 18 par. 3 L. 2190/1920, inspirée du droit allemand et étrangère au droit français, permettant aux statuts de reconnaître à un ou plusieurs actionnaires le droit de nommer jusqu'au tiers des membres du conseil d'administration (v. supra, Partie I –il est à noter aussi que le majoritaire avait selon le pacte extrastatutaire l'obligation de faire élire un membre encore

---

<sup>1377</sup> Selon l'art. 22§3 L2190/1920 dans sa rédaction actuelle, les statuts peuvent fixer des sujets pour lesquels le conseil d'administration peut confier ses pouvoirs de gestion et de représentation de la société à une ou plusieurs personnes, administrateurs ou non. L'article en cause ne concerne pas l'octroi par le conseil de procurations et des organes « secondaires », autrement dit des personnes auxquelles est confiée l'exécution des décisions prises par le conseil, le pouvoir et la responsabilité de ce dernier restant dans ce cas intacts ; la prévision statutaire n'est pas nécessaire pour l'octroi de telles procurations. Par contre, les personnes de l'art. 22§3 sont des organes de la société sur fondement statutaire, ayant le pouvoir d'exprimer la volonté de cette dernière, autrement dit de prendre des décisions pour les sujets déterminés par les statuts et les exécuter. L'opposabilité de la nomination de la personne délégataire aux tiers nécessite sa publicité.

du conseil proposé par le minoritaire). La construction était achevée avec la prévision statutaire que le conseiller dirigeant ne serait élu et révocable qu'à une majorité de 6/7 au sein du conseil d'administration, toute modification de ses pouvoirs nécessitant par ailleurs la même majorité renforcée ; les parties ont exploité sur ce point la latitude laissée par l'art. 21 L2190/1920 permettant le renforcement par les statuts des exigences légales pour la prise valable de décision par le conseil d'administration. Il est évident que la construction en cause parvenait à attribuer à l'actionnaire minoritaire une place dans la société beaucoup plus importante que sa participation au capital social, car avec les trois sièges qu'il contrôlait au sein du conseil d'administration et avec les exigences de majorité renforcée pour l'élection et la révocation du conseiller dirigeant, elle était indispensable pour l'élection du conseiller dirigeant que le conseil devait selon les statuts élire, mais aussi elle pouvait bloquer la révocation de la personne élue ; ces prévisions statutaires garantissaient l'application de l'accord extrastatutaire entre actionnaires selon lequel le poste stratégique du conseiller dirigeant serait réservé à l'actionnaire minoritaire. Point clef pour la compréhension du montage, selon l'art. 18 de la loi grecque sur les AE les administrateurs nommés par un actionnaire sur le fondement de prévision statutaire ne sont pas révocables ad nutum par l'assemblée générale, mais – sauf révocation à tout moment par l'actionnaire qui les a nommés – seulement par décision en justice, suivant une demande d'actionnaires représentant au moins le dixième du capital social libéré, et exclusivement pour cause grave (spoudaios logos). Il en résulte que les administrateurs nommés par un actionnaire sur fondement de prévision statutaire échappaient largement au pouvoir du majoritaire en capital ; en tout cas, même si l'on accepte que ce dernier pouvait révoquer le conseil dans son ensemble comme conséquence de la révocation en assemblée de la majorité des membres élus par l'assemblée, il ne pouvait pas empêcher la minoritaire d'exercer de nouveau son droit statutaire et de nommer dans le nouveau conseil ses deux membres. Le montage en cause aboutissait ainsi, avec une combinaison de clauses statutaires, à une AE avec une structure atypique du pouvoir, la direction étant essentiellement confiée à l'actionnaire minoritaire, avec une surveillance par le majoritaire qui ne pouvait pas toutefois pratiquement aboutir à la révocation de la première par le conseil d'administration. Le rapport des forces entre les deux actionnaires (60-40) empêchait en plus une modification des statuts par la société majoritaire au détriment de la minoritaire (il est à rappeler qu'une telle modification des statuts n'appartient pas aux sujets faisant partie de la liste pour laquelle la loi grecque sur les AE exige la prise de décisions selon le quorum et majorité de l'assemblée extraordinaire ou statutaire, mais que les statuts peuvent augmenter les exigences pour la prise de décision valable par l'assemblée ordinaire jusqu'aux quorum et

majorité de l'assemblée extraordinaire, prévision qu'on doit comprendre que les parties au montage ont introduit dans les statuts – v. supra Partie I sur ces questions de quorum et majorité et les compétences des différents types d'assemblées en droit grec). La logique sous-jacente semble être que le nouveau majoritaire – la société multinationale française – avait besoin des compétences et connaissance du marché grec de la cédante-ancienne majoritaire et dirigeante principale de la société,- pour faire une entrée réussie à ce marché, c'est pourquoi il lui a consenti un tel rôle exorbitant, mais aussi que la cédante –la fille du fondateur de la société grecque- ne voulait pas s'aliéner de la marche de la société qui était liée à son nom familial. Pourtant, des incertitudes existent en droit grec plus généralement quant à la relation entre les pouvoirs du conseil d'administration et ceux du conseiller dirigeant, autrement dit les limites d'ordre public de la faculté laissée aux statuts de prévoir la délégation des pouvoirs du conseil à ce dernier ou à une autre personne non membre du conseil (v. supra, Partie I) ; la cause de ces incertitudes est exactement que le conseiller dirigeant se présente en droit grec comme un délégataire des pouvoirs du conseil sur fondement statutaire, non comme un organe ex lege, avec des pouvoirs fixés par la loi, comme c'est le cas avec le président-directeur général ou le directeur général de la SA en droit français. Ce qui est sûr est que le conseiller dirigeant n'est pas un simple représentant de la société sur le fondement de procuration, à savoir il n'exécute pas seulement les décisions d'autres organes de la société en représentant cette dernière, mais il a un pouvoir décisionnel organique propre d'exprimer la volonté de la société sur le fondement des statuts et finalement de la loi. D'autre part, le conseil d'administration a le pouvoir et le devoir de contrôler sous sa responsabilité le conseiller dirigeant et il peut le révoquer à tout moment, des pouvoirs qui ont indéniablement un caractère d'ordre public ; en plus, une série de compétences nécessitant l'action collective du conseil (notamment l'attestation de la libération du capital social, la rédaction des comptes, la convocation de l'assemblée) ne peuvent pas être déléguées, car la loi les confie expressément et exclusivement au conseil, les dispositions en cause ayant elles aussi un caractère d'ordre public. La doctrine majoritaire insiste en plus sur le caractère d'ordre public d'organe subalterne du conseiller dirigeant face au conseil, ce dernier ayant toujours le pouvoir d'adresser des instructions au conseiller dirigeant auxquelles ce dernier doit se conformer, et elle accepte aussi le pouvoir inaliénable du conseil d'exercer les compétences déléguées parallèlement au conseiller dirigeant ; mais ce dernier point de vue et le sens même de l'exercice parallèle des pouvoirs sont des questions débattues<sup>1378</sup>. Ces incertitudes se répercutaient naturellement sur le

---

<sup>1378</sup> Sur ces questions V. Antonopoulos, manuel précité sur les AE et EPE, p. 429 suiv., N. Rokas manuel précité, p. 315-317, I. Markou (en grec) « Représentant sur fondement de procuration

montage en cause, d'autant plus quand des différences importantes entre les partenaires ont vu le jour. Ainsi, malgré la marche généralement très bonne de l'affaire, avec l'écoulement du temps un conflit s'est produit entre les deux actionnaires, la société majoritaire française voulant finalement se débarrasser du rôle prépondérant de la minoritaire grecque. Pourtant, les prévisions statutaires du montage et notamment l'exigence d'une majorité de 6/7 pour la révocation du président- conseiller dirigeant ne lui permettaient pas d'obtenir directement ce qu'elle voulait. C'est pourquoi elle a avancé par le biais d'une sorte de second montage pour obtenir le même résultat en détruisant les effets du montage antérieur auquel elle avait participé. Elle a ainsi dans une première phase avancé à la révocation du conseil d'administration de la société par l'assemblée ou plus exactement de la majorité de ses membres qu'elle avait le droit de révoquer, le conseil comme organe étant par conséquent révoqué dans son ensemble, y compris la minoritaire, aussi bien comme membre du conseil que, logiquement, comme conseiller dirigeant ; elle a fait élire par la même assemblée un nouveau conseil, étant entendu que la minoritaire a exercé de nouveau son droit statutaire d'en nommer les deux membres. Les membres élus par la société majoritaire se sont efforcés de battre le rôle prépondérant de la minoritaire, en prenant une décision du conseil d'administration selon laquelle la minoritaire demeurerait président du conseil avec pouvoir de représenter la société, sans pourtant être réélue conseiller dirigeant ; ils ont nommé aussi deux autres personnes en leur confiant le pouvoir de représenter la société selon un partage de matières, en prévoyant que les représentants (la minoritaire présidente et les deux autres) devaient agir par deux pour engager la société pour les questions les plus importantes de gestion courante. Le conseil a en plus donné plus tard à trois autres personnes des procurations pour engager la société à l'égard des tiers pour une série de matières. Le conseil s'est réservé d'ailleurs le pouvoir de décision pour toute affaire dépassant la gestion courante de la société. Le rôle prépondérant de la minoritaire a ainsi essentiellement été supprimé sans besoin d'une révocation formelle par le conseil d'administration ou élection d'une autre personne comme conseiller dirigeant, actes pour lesquels il y aurait besoin d'une majorité renforcée impossible à obtenir sans participation de la minoritaire. La minoritaire a saisi le tribunal en attaquant comme frauduleuses à ses droits aussi bien les décisions du conseil d'administration mentionnées

---

et organe d'AE », consultation Chr. I. D. 2007, p. 660 suiv., S. Mousoulas in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 3, p. 78 suiv., D. Tzouganatos (en grec) « Procuration et représentation organique des sociétés commerciales », Diki 1997, p. 1052 suiv. V. aussi infra sur les consultations des Pr. V. Antonopoulos, L. Kotsiris et N. Rokas publiées à l'occasion du litige né dans le cadre du montage que nous décrivons. Sur la responsabilité des membres du conseil d'administration pour omission dans leur devoir de contrôler le conseiller dirigeant v. Epheteio (CA) Athènes 4011/2005, DEE 2006, p. 1024, obs. G. Gasparinatos.

ci-dessus que la décision de l'assemblée des actionnaires révoquant le conseil antérieur et élisant un nouveau conseil. Les parties du litige ont d'ailleurs fait intervenir chacune à sa faveur des consultations d'éminents juristes grecs qui ont donné à l'affaire sa pleine portée doctrinale pour ce qui concerne les relations entre ordre public sociétaire et liberté statutaire en matière de pouvoir dans les AE<sup>1379</sup>. La société majoritaire française a ainsi soutenu ses positions en invoquant le droit d'ordre public de l'assemblée de révoquer ad nutum le conseil d'administration, droit selon elle non susceptible de contrôle judiciaire sous l'angle de l'abus de droit (281 AK- v. supra, Partie I). Elle a aussi invoqué les pouvoirs ex lege d'ordre public du conseil d'administration pour contester la validité de la clause de majorité renforcée de la révocation du conseiller dirigeant, car une telle clause bloquerait selon elle essentiellement le pouvoir de surveillance et de contrôle du conseil d'administration sur le conseiller dirigeant ; la majoritaire voulait de la sorte neutraliser les arguments de la minoritaire sur le caractère frauduleux à cette clause statutaire de ses agissements, étant évident que n'est pas concevable la fraude à une clause statutaire nulle. Elle a aussi soutenu sur le même fondement des pouvoirs ex lege et d'ordre public du conseil d'administration le caractère seulement facultatif pour le conseil de la clause statutaire prévoyant l'élection d'un conseiller dirigeant et la délégation à ce dernier des pouvoirs du conseil, ainsi que la possibilité toujours ouverte pour le conseil d'exercer lui-même ou en donnant des procurations les pouvoirs en cause. Elle a en plus soutenu que les pouvoirs confiés par le nouveau conseil à d'autres personnes sauf la minoritaire n'étaient pas organiques, à savoir des pouvoirs d'exprimer indépendamment la volonté de la société et l'engager juridiquement sur le fondement de ces décisions, mais des pouvoirs de représentants fondés sur procuration et concernant des domaines déterminés de l'activité sociale, donnés pour exécuter des décisions prises dans leurs lignes générales par le conseil, pouvoirs que le conseil d'administration peut donner sans prévision statutaire, selon le droit commun de la procuration ; de la sorte, ne se posait pas selon la société majoritaire française de question de violation de la clause statutaire prévoyant un conseiller dirigeant avec pouvoirs organiques unique<sup>1380</sup>. Par contre, la minoritaire a soutenu que le droit de

---

<sup>1379</sup> V. ainsi les consultations des Pr. V. Antonopoulos, DEE 2003, p. 1285 suiv., L. Kotsiris, EEmpD 2005, p. 166 suiv., N. Rokas, EEmpD 2002, p. 580 suiv., EEmpD 2005, p. 59 suiv.

<sup>1380</sup> Ainsi aussi le Pr. Antonopoulos dans sa consultation précitée, avec des développements intéressants notamment sur la distinction entre pouvoir organique et pouvoir de représentant fondé sur procuration. V. en plus le manuel de cet auteur sur les AE et EPE, p. 437, selon lequel est nulle même la prévision statutaire d'une majorité renforcée au sein du conseil pour la révocation du délégataire du pouvoir, sur le fondement de la considération que la solution contraire aboutirait à une situation problématique, dans laquelle le délégataire aurait perdu la confiance de la majorité du conseil, sans que ce dernier puisse pourtant le révoquer.

l'assemblée de révoquer le conseil d'administration est susceptible de contrôle sous l'angle de l'abus de droit, comme tout autre droit subjectif en droit grec, et que la clause statutaire prévoyant une majorité renforcée pour la révocation du conseiller dirigeant était valable, car la loi sur les AE (art. 21 L2190/1920) permet l'introduction statutaire de l'exigence de majorité renforcée pour les décisions du conseil. Elle a aussi soutenu que la clause statutaire sur l'élection d'un seul conseiller dirigeant et la délégation à lui des pouvoirs du conseil n'offre pas seulement au conseil la faculté de délégation, mais engage ce dernier, qui ne peut ni exercer lui-même ou par voie de procurations les pouvoirs délégués, le droit d'exercice « parallèle » des pouvoirs du conseil signifiant seulement son droit et devoir de contrôler et éventuellement de révoquer le conseiller dirigeant et d'exercer des pouvoirs non susceptibles de délégation selon la loi (v. supra) ou selon les statuts. Elle a aussi insisté sur ce que le conseil ne pouvait pas selon les statuts nommer plusieurs conseillers dirigeants avec pouvoir propre de décision, comme la minoritaire réputait l'être les autres représentants nommés par le nouveau conseil d'administration<sup>1381</sup>. Le tribunal de première instance ayant statué sur le litige, entériné par la cour d'appel, a donné gain de cause à la minoritaire. Ainsi, il a jugé que les décisions du nouveau conseil d'administration confiaient en effet la direction de la société à plusieurs délégataires avec pouvoirs organiques, non possesseurs de simples procurations, et étaient contraires à la clause des statuts - jugée valable et obligatoire pour le conseil, non lui offrant une simple faculté - prévoyant la délégation des pouvoirs de gestion et de représentation du conseil d'administration à un seul conseiller dirigeant et la modification de ses pouvoirs seulement à une majorité de 6/7. Par conséquent, ces décisions du nouveau conseil étaient nulles comme contraires aux statuts. D'une façon peut-être encore plus importante, il a jugé que la révocation par l'assemblée de l'ancien conseil d'administration constituait abus de droit selon l'art. 281 AK (v. supra, Partie I), car elle visait à contourner la clause statutaire de majorité renforcée pour la révocation du conseiller dirigeant, en dépassant de la sorte manifestement les limites posées au pouvoir de révocation par la bonne foi, les bonnes moeurs et la finalité pour laquelle le droit a reconnu le pouvoir de l'assemblée de révoquer le conseil, cette finalité consistant à la poursuite de l'intérêt social. Pour aboutir à ce résultat, les juges grecs ont relevé que la convocation de l'assemblée générale par le conseil à la décision des majoritaires pour révoquer le conseil et élire un autre a eu lieu seulement sept mois après l'élection du conseil, qu'il n'y avait pas de cause sérieuse de révocation, mais aussi que la décision de révocation formait une unité d'actes juridiques servant un but unique - d'expulser la minoritaire du poste de conseiller dirigeant sans la majorité renforcée exigée

---

<sup>1381</sup> V. ainsi aussi les consultations précitées des Professeurs Kotsiris et Rocas.

par les statuts- avec les décisions ultérieures du nouveau conseil concernant le partage des pouvoirs de direction ; cette prise en compte d'une unité d'actes juridiques servant un but unique rappelle l'effort de la doctrine française de tenir compte des ensembles d'actes juridiques et d'en tirer des conséquences juridiques (v. supra, notre Introduction, avec la relation entre ensembles d'actes juridiques et montages dans la doctrine française). La décision de l'assemblée de révoquer le premier conseil d'administration avant la fin de son mandat et d'élire un nouveau conseil a ainsi été jugée nulle comme abusive<sup>1382</sup>. Les arrêts en cause ont reconnu ainsi le pouvoir des statuts d'imposer au conseil d'administration de déléguer ses pouvoirs de gestion et de représentation de la société à un autre organe, non simplement de permettre une telle délégation, conclusion très importante pour les limites de la liberté statutaire en la matière et allant dans le sens de la reconnaissance de l'introduction statutaire d'un dispositif analogue à celui français de la SA avec conseil d'administration et président-directeur général ou directeur général. Il est d'autre part vrai que la lettre de la loi grecque (dans la rédaction actuelle de l'art. 22 par. 3 « ...est permis aux statuts de déterminer des sujets pour lesquels le conseil d'administration peut confier ses pouvoirs de gestion et de représentation... ») semble favoriser la reconnaissance d'un pouvoir des statuts de donner seulement la faculté au conseil de déléguer ses pouvoirs de gestion et de représentation, non de l'obliger à une telle délégation ; demeure en plus ouverte la question débattue d'un pouvoir d'ordre public du conseil d'exercer toujours parallèlement au délégataire les pouvoirs délégués et le sens de cet exercice parallèle comme surveillance et contrôle du conseiller dirigeant ou comme pouvoir de prendre des décisions sur les matières déléguées et les exécuter par le biais d'action collective (v. supra, Partie I de notre étude sur le sens de l'action collective du conseil en droit grec). En plus, l'importance de cette jurisprudence pour les limites au droit d'ordre public de l'assemblée de révoquer le conseil d'administration, limites fondées au principe plus général d'ordre public du droit grec de prohibition de l'exercice abusive d'un droit subjectif, est évidente ; conformément à la tendance plus générale du droit grec, les arrêts en cause ont refusé de reconnaître au droit de l'assemblée de révoquer le conseil d'administration un caractère de droit discrétionnaire, non susceptible de contrôle pour abus, comme les droits discrétionnaires que reconnaît le droit français (v. supra, Partie I). Nous voyons aussi que cette jurisprudence a assimilé à un abus de droit ce qu'elle a jugé comme effort des majoritaires de réaliser une fraude à des stipulations statutaires, autrement dit d'aboutir au

---

<sup>1382</sup> V. 5079/2002 Mon. Prot. (TI) d'Athènes, EEmpD 2002, p. 572, avec consultation du Pr. N. Rokas sur la demande de régulation provisoire de la situation en référé dans la même affaire et sur le fond 5565/2003 Pol. Prot. (TGI) d'Athènes, EEmpD 2003, p. 831, entériné par Epheteio (CA) Athènes 7119/2004, EEmpD 2005, p. 54, avec consultation de N. Rokas .



résultat prohibé par une clause statutaire –la révocation du conseiller dirigeant sans la majorité renforcée des 6/7 – en utilisant des moyens détournés. Les arrêts cités ont validé de la sorte la construction statutaire visant à introduire des éléments personnels dans la structure du pouvoir de l'AE, société de capitaux par excellence du droit grec, et lui ont donné de pleins effets. On pourrait pourtant se demander combien ces arrêts ont été bien fondés et plus particulièrement combien le comportement de la société majoritaire a été abusif, étant donné qu'une rupture entre les parties du montage avait été déjà effectuée et on pourrait très bien considérer que la société majoritaire agissait non pas contre l'intérêt social, mais selon sa propre conception sur ce dernier, qu'elle voyait être servi par le remplacement de la minoritaire dans le poste de conseiller dirigeant ; les arrêts en cause se fondent aussi expressément sur une conception de fraude non seulement aux clauses statutaires mais aussi –et peut-être surtout- au droit de la minoritaire au poste du conseiller dirigeant reconnu par le pacte extrastatutaire entre les parties, en acceptant ainsi un effet sociétaire au pacte extrastatutaire (v. infra Chapitre II de ce Titre sur les pactes extrastatutaires et la question des effets de leur violation sur la validité des actes de droit de sociétés par lesquels la violation est effectuée). Le litige est par la suite arrivé devant Areios Pagos, la Cour de cassation grecque, qui a jugé, à la différence des juges du fond, que l'abus de droit de l'art. 281 AK dans la décision de l'assemblée de révoquer le conseil d'administration et d'élire un nouveau n'avait pas été établi, la poursuite par la majoritaire du but de l'affaiblissement de la position de la majoritaire dans la société par ces décisions n'étant pas suffisante pour établir l'abus ; pourtant, la Cour n'a pas refusé en général la possibilité d'un contrôle de la révocation des administrateurs par l'assemblée avec recours au critère de la prohibition de l'abus de droit. La Haute juridiction a donné d'autre part gain de cause à la minoritaire sur les autres enjeux du litige, en acceptant la validité de la clause statutaire d'élection et de révocation du conseiller dirigeant à une majorité de 6/7 des membres du conseil mais aussi que la prévision statutaire de délégation des pouvoirs du conseil à un conseiller dirigeant unique excluait la possibilité de nomination par le conseil de plusieurs personnes délégataires de pouvoir organique ; par conséquent, les décisions du nouveau conseil de confier des tâches de représentation de la société à plusieurs personnes avec essentiellement pouvoir organique étaient nulles parce que contraires aux statuts, comme avaient jugé les juges du fond (v. infra dans le Chapitre suivant sur cet arrêt important du point de vue de l'impact des pactes extrastatutaires sur le fonctionnement de l'organisation sociétaire)<sup>1383</sup>. Il est aussi à rappeler qu'après la réforme en 2007 du droit

---

<sup>1383</sup> Areios Pagos 1121/2006, EEmpD 2007, p. 836, DEE 2007, p. 583, obs. M. Varela, El. Dik. 2008, p. 677, obs. M-Th. Marinos. Selon la Cour, la poursuite par le majoritaire du but

grec des sociétés anonymes, l'abus de droit n'est plus une cause de nullité, mais seulement d'annulabilité des délibérations de l'assemblée (v. supra Partie I sur le sens des termes nullité et annulabilité des décisions des assemblées des AE, leurs conditions et leurs effets).

En droit français un montage comme celui que nous avons décrit ci-dessus serait difficilement concevable comme tel : le droit français prévoit impérativement une structure des organes de direction des SA et un partage des compétences entre eux, laissant peu de place à la liberté statutaire une fois quelques choix fondamentaux effectués (SA avec conseil d'administration ou avec directoire et conseil de surveillance, SA avec conseil d'administration et président-directeur général ou avec dissociation de ces fonctions – v. supra Partie I sur ces organes et la répartition des conséquences entre eux). De la sorte, des constructions statutaires visant à mettre en place un organe de direction distinct du conseil d'administration et de lui déléguer la direction de la société sous la surveillance du conseil n'ont pas raison d'être, comme d'ailleurs n'a pas de sens la question d'un concours d'exercice parallèle des pouvoirs de ces organes (v. supra, Partie I sur le point de départ commun du droit français et du droit grec pour ce qui concerne les administrateurs des sociétés anonymes, à savoir les dispositions du Code de commerce de 1807, et les différents parcours historiques prises par la suite en la matière par les deux droits). C'est parce que pour le droit français, malgré la lettre de la loi parlant encore d'actes du conseil engageant la société à l'égard des tiers, le conseil d'administration n'est pas depuis longtemps un organe de représentation et de gestion quotidienne de la société, et ces compétences sont impérativement réservées au président-directeur général ou directeur général de la société ; mais d'autre part le conseil d'administration a selon la loi, outre le pouvoir de fixer les orientations stratégiques de la société, le pouvoir de statuer sur toute affaire sociale, des pouvoirs d'ordre public, dont l'exercice évidemment engage le directeur général avec des effets pour l'ordre interne de la société (v. art. L225-35, L225-56 C.com.). Ainsi, si l'on veut confier au minoritaire la direction de la société, on n'a pas besoin de lui tailler statutairement une position de dirigeant, comme c'est le cas en droit grec, mais on peut tout simplement l'élire président-directeur général, étant entendu que les pouvoirs de cet organe et ses relations avec le conseil sont impérativement fixés par la loi et ne sont pas susceptibles essentiellement d'aménagements statutaires. En plus, le droit français ne reconnaît pas, à la différence du droit allemand et du droit grec, la possibilité de l'introduction statutaire d'un droit individuel d'un actionnaire de nommer un nombre

---

d'affaiblissement de la position de la minoritaire dans la société a abouti à l'adoption de décisions du nouveau conseil nulles car contraires aux statuts, mais ne suffit pas pour rendre abusive la décision de l'assemblée de révoquer l'ancien conseil et d'élire un nouveau. Pourtant, une minorité de juges a accepté l'existence d'un abus de droit dans ces décisions de l'assemblée.

déterminé d'administrateurs ou de membres du directoire, car une telle clause serait contraire aux pouvoirs d'ordre public de l'assemblée ordinaire, ni une restriction en découlant au droit de l'assemblée de révoquer certains des membres de ces organes. Il est vrai que certains auteurs français soutiennent qu'après la libéralisation des actions de préférence les statuts peuvent prévoir l'émission de telles actions donnant à leurs titulaires le droit de nommer un nombre des membres du conseil, mais ce point de vue est contesté par d'autres auteurs dont l'opinion semble plus correcte car plus conforme au caractère d'ordre public des compétences de l'assemblée (v. supra sur ce débat). Ne se pose pas par conséquent, comme c'est le cas avec le montage grec que nous avons présenté ci-dessus, une question de révocation des membres du conseil élus pour réputer révoqué le conseil comme organe dans son ensemble et révoquer aussi indirectement des membres nommés par un actionnaire que l'assemblée ne pourrait révoquer directement. Le procédé en cause utilisé en droit grec n'est pas de la sorte transposable en droit français pour garantir une irrévocabilité de certains administrateurs ou membres du directoire face à l'assemblée (irrévocabilité du moins de fait au sens que le minoritaire aurait toujours le droit de nommer de nouveau le nombre de membres du conseil que les statuts lui reconnaissent). La question peut toutefois se poser des limites statutaires possibles au pouvoir des majoritaires d'élire et de révoquer les organes « exécutifs » de la société (président-directeur général et directeur général), si l'on tient compte de la possibilité des statuts d'introduire l'élection des membres du conseil par le système de listes ou autres procédés permettant aux minoritaires un pouvoir d'élection proportionnel à leur participation au capital (v. supra) et pouvant aboutir à une représentation importante des minoritaires au sein du conseil ; cela d'autant plus que le directeur général non administrateur n'est pas ipso facto révoqué avec la révocation du conseil de l'administration qui l'a nommé, et de la sorte il échappe dans une certaine mesure au pouvoir de l'assemblée. En plus, l'art. L225-37 C. com. prévoit que les décisions du conseil d'administration sont prises à la majorité des membres présents ou représentés, mais que les statuts peuvent introduire une majorité plus forte. Cette disposition serait-elle aussi applicable à la révocation par le conseil d'administration du président-directeur général ou du directeur général (L225-47, L225-55 C.com.), de sorte que les statuts pourraient exiger des majorités renforcées (mais non l'unanimité) pour cette révocation ? Malgré l'hostilité traditionnelle du droit français aux clauses restreignant la révocation des organes sociaux de la SA, on devrait répondre par l'affirmative, car les dispositions en cause ne prévoient rien de spécial pour la nomination et la révocation du président-directeur général ou directeur général par le conseil. Ainsi, si les statuts prévoient des modalités d'élection du conseil d'administration permettant une participation

proportionnelle aux minoritaires, combinées avec des clauses de prise de décision par le conseil à une majorité donnant aux minoritaires un pouvoir de blocage, les majoritaires révoquant en assemblée le conseil (et donc le président-directeur général exprimant les vues des minoritaires) se trouveraient de nouveau face au pouvoir de blocage des minoritaires pour ce qui concerne l'élection d'un nouveau président-directeur général ; ils se trouveraient aussi face à ce même pouvoir de blocage pour ce qui concerne la révocation même du directeur général non administrateur, si ce dernier est un homme de la confiance des minoritaires. On peut de la sorte conclure que les clauses statutaires de majorité renforcée pour l'élection et la révocation du président-directeur général et du directeur général par le conseil d'administration, combinées avec des clauses garantissant une participation des minoritaires au conseil, peuvent en droit français poser des limites importantes au pouvoir des majoritaires dans la société et les obliger à négocier avec les minoritaires (pourvu bien sûr que les majoritaires ne disposent pas du pourcentage du capital nécessaire pour modifier les statuts sans l'accord des minoritaires) ; le résultat en est une possibilité d'infléchissement au caractère traditionnel de la SA et la dissociation dans une certaine mesure entre participation majoritaire au capital et domination politique au sein des SA. Des efforts de contournement de ces clauses par les majoritaires, de contournement des clauses statutaires exigeant une majorité renforcée pour l'élection du président-directeur général ou de marginalisation du directeur général de la confiance des minoritaires, par le recours à la mise en place d'organes parallèles, comme l'effort –échoué– que nous avons vu ci-dessus dans le montage grec que nous avons présenté, seraient pourtant inconcevables en droit français, à cause de l'organisation d'ordre public par la loi des organes de la SA et de la répartition du pouvoir entre eux. Serait ainsi inimaginable en droit français une décision du conseil de ne pas nommer un directeur général et d'assumer lui-même les pouvoirs de cet organe par le biais de mandataires spéciaux exécutant les décisions générales du conseil. Le conseil d'administration peut en plus nommer des directeurs généraux délégués et leur donner des compétences seulement avec l'accord du directeur général (L225-53 C. com.), l'octroi de mandats spéciaux par le conseil à des administrateurs ou tiers est reconnu pour un ou plusieurs objets déterminés (R225-29 C. com.), mais il ne doit pas porter atteinte aux pouvoirs attribués par la loi au directeur général et bouleverser l'organisation légale des pouvoirs dans la SA, le directeur général ne peut pas être soumis à une restriction générale de ses pouvoirs avec un concours obligatoire de co-signataires fondés de pouvoir, et le conseil ne peut pas donner à de tels fondés de pouvoir une compétence générale d'engager la société sans la signature du directeur général ; en plus, si la loi reconnaît au conseil le pouvoir de soumettre à son autorisation

certaines des actes du dirigeant, le défaut d'autorisation a un effet seulement interne, non à l'égard des tiers (L225-56-1 C. com. – v. pourtant supra, Partie I sur le dispositif particulier du droit français d'autorisation par le conseil des cautions, avals et garanties octroyés par les dirigeants au nom de la société)<sup>1384</sup>. Pourtant, comme nous avons vu ci-dessus, les décisions du conseil engagent le directeur général, et des actes de ce dernier allant à l'encontre de ces décisions du conseil pourraient engager sa responsabilité à l'égard de la société (v. supra Partie I sur la responsabilité des dirigeants en droit français). Il est aussi à noter que serait aussi inimaginable, semble-t-il, en droit français un contrôle de la validité de la décision de l'assemblée révoquant le président-directeur général minoritaire du point de vue de l'abus de majorité, comme celui qu'ont fait les tribunaux grecs dans le cadre du montage que nous avons présenté ci-dessus ; la jurisprudence et la doctrine françaises ont une interprétation large du pouvoir de l'assemblée de révoquer librement les administrateurs et de celui du conseil de révoquer librement son président-directeur général ainsi que de leur caractère d'ordre public, de sorte qu'un contrôle judiciaire des finalités de la révocation n'est pas traditionnellement acceptable ; l'interprétation traditionnelle très large de la notion de révocation ad nutum comme offrant un pouvoir absolu ou discrétionnaire à l'assemblée semble de la sorte priver le juge français du pouvoir de constater si la révocation est contraire à l'intérêt social et servant seulement les intérêts des majoritaires pour relever l'existence d'un abus de majorité commis par la décision de révocation et annuler sur ce fondement cette dernière (v. supra, Partie I sur les critères de l'abus de majorité en droit français). On peut rencontrer d'autre part certains arrêts des juges du fond ayant admis le contrôle d'abus de majorité dans la révocation des administrateurs, mais il semble s'agir de décisions justifiées par les spécificités des affaires jugées, et en tout cas la sanction a été la condamnation du majoritaire à des dommages intérêts, non la prononciation de la nullité de la révocation<sup>1385</sup>. Il est d'autre part vrai que les juges français contrôlent les dernières

---

<sup>1384</sup> V. sur ces questions le Traité de Ripert-Roblot par M. Germain- V. Magnier nos 1668, 1671, 1674 suiv. Ph. Merle, op. cit., nos 396, 435.

<sup>1385</sup> V. CA Paris 8 avril 1994, RTD com. 1994, p. 521, obs. Petit-Reinhard, sanctionnant l'abus de majorité dans la révocation du président du conseil d'une SA, CA Paris 2 juillet 2002, Bull. Joly 2002, p. 1204, note P. Le Cannu – dans cette dernière affaire la cour a estimé que la révocation en assemblée d'un administrateur était valable, le pouvoir de l'assemblée de révoquer les administrateurs étant ad nutum, mais que l'abus de majorité entachait la réorganisation de la société entreprise par le majoritaire par l'entrée de nouveaux actionnaires et administrateurs, en opposition avec l'administrateur révoqué et de compétences incertaines, tandis que l'administrateur révoqué – le mari de la majoritaire – était l'animateur principal de la société, le but de la majoritaire dans ces agissements étant non de poursuivre l'intérêt social mais de maintenir le contrôle de fait de la société (la majoritaire avait été révoquée auparavant du poste de président de la société à la suite de sa mise en curatelle) et de nuire aux minoritaires et notamment à son époux. La majoritaire a ainsi été condamnée à verser des dommages intérêts à son mari pour son abus de majorité. Il est évident qu'il

décennies les modalités et circonstances de la révocation pouvant porter atteinte à la personnalité du révoqué ou le respect des droits de la défense, mais l'affirmation d'un abus de droit de révocation dans un tel cas ne concerne pas le fond de la décision et la révocation abusive peut aboutir seulement à l'allocation de dommages-intérêts à la personne révoquée et non à l'annulation de la décision la révoquant (v. supra, Partie I). Pareille est la situation dans les cas pour lesquels le droit français prévoit que la révocation des dirigeants est libre, mais l'absence de juste motif ouvre le droit à ces derniers d'exiger des dommages-intérêts, la décision de révoquer le dirigeant sans juste motif n'étant pas annulable (v. supra, Partie I). Serait aussi difficilement concevable, semble-t-il, en droit français un contrôle de la validité de la révocation des administrateurs sur le fondement de la théorie de la fraude, toujours parce que la révocation est ad nutum libre selon un principe d'ordre public du droit des sociétés ; le contrôle judiciaire des motifs de la révocation pour constater si sa finalité unique est la fraude aux statuts ou aux droits d'un actionnaire semble selon le sens traditionnellement donné en France aux termes ad nutum exclu<sup>1386</sup>. Il est d'autre part à rappeler que des stipulations statutaires visant à dissocier la participation au pouvoir de celle au capital et à stabiliser la position des dirigeants même minoritaires sont beaucoup plus faciles dans la SAS française, caractérisée par un degré très avancé de liberté statutaire (v. supra, Partie I), et les particuliers voulant façonner des solutions sur mesure dans la structure du pouvoir peuvent, au lieu d'introduire des clauses statutaires douteuses dans leur SA, recourir à cette forme sociale, comme aussi ils peuvent recourir à la forme de la commandite par actions, qui permet une dissociation importante entre majorité de capital et pouvoir (v. supra, Partie I – le défaut de la responsabilité illimitée du commandité –dirigeant peut d'ailleurs être réparé par l'introduction comme commandité d'une SARL ou EURL dont le gérant sera la personne à la quelle le pouvoir dans la commandite va être confié –v. supra dans la Section précédente sur ce montage).

### **Section III: Les montages utilisant les opérations sociétaires durant la vie de la société-entreprise**

---

s'agissait d'une SA familiale et avec fort intuitus personae (le commentateur de l'arrêt observe qu'il ne s'agissait pas d'une société si "anonyme" que cela), ces éléments ayant amené la cour à effectuer un contrôle des actions de la majoritaire de révoquer son mari et de nommer de nouveaux administrateurs du point de vue de l'abus de majorité.

<sup>1386</sup> V. sur le caractère absolu et d'ordre public du droit de l'assemblée de révoquer les administrateurs M. Germain-V. Magnier, no 1635.

Dans cette section, nous allons étudier de plus près dans la réalité juridique des deux pays sous comparaison des montages tendant à la production de résultats atypiques par rapport aux prescriptions de l'ordre public sociétaire, par le biais d'opérations sociétaires consistant à des actes des organes sociaux. Il s'agit d'actes de droit organisationnel, avec effet erga omnes, typiquement des actes juridiques collectifs produits durant la vie de la société par décision de la collectivité des associés (v. d'ailleurs déjà supra sur certaines opérations de ce type, consistant à l'introduction de certaines clauses statutaires –clause de restriction dans la cession des actions, clause d'exclusion- durant la vie de la société). Nous continuons par ailleurs de raisonner sur le fondement de sociétés vues comme expressions juridiques d'entreprises constituant des entités juridico-économiques autonomes, laissant pour plus loin les opérations effectuées dans le cadre de sociétés instrumentalisées dans d'autres buts. Une fois de plus, nous allons constater en étudiant les montages en cause l'existence – au moins potentiellement – d'un conflit entre d'une part la volonté et le besoin des particuliers de façonner dans le cadre de sociétés des situations sur mesure ou leur volonté même de s'affranchir des restrictions impératives posées par la loi, et d'autre part la multiplicité des intérêts impliqués dans la vie des sociétés-entreprises – y compris l'intérêt général- et le besoin d'observation de standards de bonne gouvernance au sein de ces sociétés, réalités qui aboutissent à l'existence d'un ordre public sociétaire important. Ce qui sûr est que les critères de l'appréciation de la licéité des opérations en cause relèvent pour les deux droits sous comparaison d'abord directement du droit des sociétés, entendu comme droit organisationnel, et de son ordre public ; pour le dire autrement, le droit des sociétés et son ordre public, dans leur mission d'organisation des entités juridico-économiques que sont les sociétés, sont évidemment directement applicables aux opérations utilisant des actes du droit des sociétés et constituant en même temps des pièces de montages. Ne se posent pas de la sorte en la matière les questions difficiles concernant l'impact de l'ordre public sociétaire qui sont soulevées dans le cadre de montages utilisant des pactes extra-statutaires ou plus généralement des techniques de provenance du droit traditionnel des contrats et des biens ; il est pourtant vrai que dans la réalité les distinctions ne sont pas tellement tranchées, le même montage pouvant utiliser aussi bien des actes du droit des sociétés que des pactes extrastatutaires (sur les pactes extrastatutaires v. infra, Chapitre II de ce Titre, notamment sur la question de leur impact sur les actes des organes sociaux les exécutant ou les violant). Le contrôle de licéité des opérations sociétaires en cause passe évidemment par le contrôle du respect de leur part des dispositions impératives expresses du droit des sociétés mais aussi d'autres branches

du droit pouvant trouver application (v. ainsi infra sur le rôle du droit fiscal et de l'ordre public des marchés financiers, tandis qu'une décision des organes sociaux évidemment ne doit pas entrer en conflit avec le droit pénal ou des dispositions d'ordre public économique et social général), ainsi que des principes d'ordre public du droit des sociétés. Encore plus important est toutefois peut-être le contrôle de licéité de ces opérations et des montages leur étant liés par le biais des notions d'intérêt social et de l'abus de majorité ou de droit, qui est le mécanisme de prise en compte par les deux droits sous comparaison des violations de l'intérêt social par les délibérations sociales, ce mécanisme pouvant effectuer un contrôle de licéité des finalités de l'exercice du pouvoir sociétaire allant au-delà du contrôle sur le fondement de dispositions particulières impératives ; cette possibilité est évidemment très importante pour le contrôle des montages effectués par le biais d'opérations sociétaires (v. supra, Partie I, sur les mécanismes de contrôle de licéité des délibérations sociales dans les deux droits sous comparaison). Dans le cadre de cette Section, nous allons focaliser plus particulièrement aux montages faits par le biais d'opérations sur le capital social (paragraphe 1), ensuite sur les montages utilisant les transformations des sociétés (paragraphe 2). Nous allons par contre laisser pour plus loin - dans le cadre de notre étude des groupes de sociétés - l'étude des restructurations sociétaires autres que la transformation, caractéristiques de la formation et de la vie du « montage structurel » du groupe de sociétés.

### **Par 1. Les opérations sociétaires sur le capital social constituant des montages**

Dans le cadre de ce paragraphe, une mention doit d'abord être faite aux augmentations du capital effectuées comme moyens de réalisation des opérations plus générales de capital-risque, qu'on peut qualifier de montages juridico-économiques (A). Par la suite, nous allons aborder les opérations sur le capital social effectuées au sein des sociétés cotées et utilisées dans le cadre des défenses anti-OPA (B). Finalement, nous allons présenter l'opération juridico-économique particulière rencontrée dans la pratique française de réduction du capital social à zéro suivie immédiatement de son augmentation, opération appelée « coup d'accordéon » (C).

#### **A/ Les augmentations du capital social dans le cadre des opérations de capital-risque**



## **La logique des augmentations du capital en cause et leur qualification de montage**

Les augmentations du capital en cause font partie des opérations juridico-économiques plus générales de capital-risque, opérations qu'on peut qualifier de montages (v. supra). Dans le cadre de ces opérations, on choisit normalement la forme sociale de la société anonyme, qui permet le dénouement du montage avec l'introduction de la société en bourse et la vente des actions du capital-risqueur<sup>1387</sup>. En effet, le plus souvent dans la pratique internationale du capital-risque on ne procède pas à la mise à la disposition de l'entreprise innovante dès sa constitution de l'ensemble du capital promis par le capital-risqueur ; les parties préfèrent par contre prévoir un calendrier d'injections successives des capitaux nécessaires, normalement par le biais d'augmentations du capital, conditionnés à l'obtention de bons résultats par la société « start-up », selon un plan préétabli de concert par l'entrepreneur et le capital-risqueur<sup>1388</sup>. Il s'agit par conséquent d'un montage tel que nous les entendons (v. supra notre Introduction): l'application des dispositions impératives de la loi sur l'augmentation du capital est instrumentalisée au-delà des finalités-types de la loi (injecter des ressources dans la société avec prise des risques en contrepartie de droits d'actionnaire), servant comme pièce essentielle et indispensable dans une opération globale avec de forts éléments atypiques, sur le fondement d'une relation juridique de base extra-sociétaire entre les partenaires (v. infra sur les pactes extra-sociétaires) : perspective de sortie du capital-risqueur de la société avec réalisation de sa part d'une plus-value, avec comme résultat une sorte d'affectio societatis ou de poursuite d'un but commun « constitutionnellement » à terme entre partenaires, relation inégalitaire entre le capital-risqueur et l'entrepreneur-dirigeant, ce dernier fonctionnant sous la surveillance et le contrôle du premier, avec comme résultat une altération de fait du rôle des organes sociaux de direction tel que voulu par les ordres publics sociétaires des deux pays sous

---

<sup>1387</sup> Sur les opérations du capital-risque v. les ouvrages précités de E. Dubocage - E. Rivaud-Danet (point de vue d'économistes), F. D. Poitrinal, S. Mousoulas. V. aussi G. Kontogeorga-Théocharopoulou « Les établissements bancaires et les prises de participations en droit français et en droit hellénique », LGDJ 2004, préf. Ph. Merle, nos 157 suiv., 542 suiv. Sur les possibilités d'utilisation de la SAS comme outil d'une opération de capital-risque v. F.-D. Poitrinal, op. cit., no 596 suiv.

<sup>1388</sup> E. Dubocage - D. Rivaud-Danet, op. cit., p. 25. Le financement de la « start-up » par le biais d'obligations simples n'est pas pratiqué, parce qu'il crée une asymétrie de risque pour le capital-risqueur : en cas de mauvaise marche de la société il peut perdre beaucoup, tandis qu'en cas de bonne marche de l'affaire il ne peut pas profiter des bénéfices exceptionnels de la société. Par contre, est souvent pratiqué le financement de la société innovante par le biais d'obligations convertibles en actions, le capital-risqueur pouvant ainsi à son choix convertir ses titres en actions et participer aux bénéfices de la société – v. E. Dubocage - D. Rivaud-Danet, op. cit., p. 29. Sur les obligations convertibles en actions pour les deux droits sous comparaison v. supra Partie I.

comparaison (v. supra Partie I sur les compétences normales des organes sociaux et la question des dirigeants de fait en droit français et en droit grec)<sup>1389</sup>.

### **Licéité et modalités du montage en cause dans les deux droits sous comparaison**

Les augmentations du capital effectuées dans le cadre des opérations du capital risque ne posent pas de problème de licéité de principe ni en droit français ni en droit grec ; par contre, les deux droits sous comparaison regardent avec faveur ces opérations, réputées comme favorables et même indispensables pour l'innovation technologique et économique et le développement de la dynamique des économies capitalistes contemporaines<sup>1390</sup>. Pourtant, les deux droits sous comparaison imposent quelques limites d'ordre public aux participations des sociétés de capital-risque aux entreprises, dans le but d'éviter une concentration trop grande des risques, étant donné notamment que ce sont essentiellement les banques qui financent les structures du capital-risque : il s'agit notamment des plafonds de 25 pour cent pour le droit français pour ce qui concerne le pourcentage des fonds propres d'une société de capital-risque employé aux titres de la même société, en principe de 25 pour cent pour le droit grec cumulativement pour ce qui concerne le pourcentage des fonds propres d'une société de capital-risque employé aux titres de la même société ou d'entreprises liées au sens de la loi sur les AE ou correspondant à des garanties pour une entreprise ou des entreprises liées (v. infra, Titre II, sur la notion d'entreprises liées) et cumulativement de 40 pour cent de son actif pour la participation dans le capital d'entreprises dont les valeurs mobilières sont admises sur des marchés organisés ou à des mécanismes multilatéraux de négociation, limite de 40 pour cent des droits de vote d'une même société possédés directement ou indirectement par une société de capital-risque ou par l'un de ses actionnaires directs ou indirects en droit français. La sanction du non respect de ces plafonds est la perte des avantages fiscaux que les deux droits prévoient pour les participations de capital-risque et du droit à des subventions pour certaines catégories de telles participations prévu par le droit grec (v. pour le droit français loi no 85-695 du 11 juillet 1985, décret no 85-1102 du 9 octobre 1985,

---

<sup>1389</sup> Sur ce rapport inégalitaire entre capital-risqueur et entrepreneur E. Dubocage - D. Rivaud-Danet op. cit. p. 73. Sur le rapport juridique de base entre eux v. F.-D. Poitrinal, op. cit., nos 471 suiv.

<sup>1390</sup> Sur les formes juridiques spécifiques offertes aux capital-risqueurs que les deux droits sous comparaison ont mis en place pour faciliter les opérations de financement des entreprises innovantes par le biais des opérations de capital-risque (en France avec une différenciation très large, avec pourtant comme structures de base la société de capital-risque, obligatoirement société par actions, et le fonds commun de placement, copropriété gérée par une société de gestion, en Grèce au début société anonyme –AE- ou à responsabilité limitée –EPE-, après 1995 seulement AE de droit spécial v. F. D. Poitrinal, op. cit., nos 21 suiv., G. Kontogeorga -Théocharopoulou, op. cit., nos 159-161.

plusieurs fois modifiés par la suite, pour le droit grec loi 1775/1988, remplacée par la suite par les art. 5 suiv. L2367/1995)<sup>1391</sup>. En plus, les opérations du capital-risque ne sont pas dépourvues de dangers de comportements opportunistes de la part du capital-risqueur, ce dernier, agissant comme dirigeant de fait, pouvant précipiter l'entrée de la société à la Bourse, dans le but de sortir avec des plus-values importantes, même si l'entrée est précoce et dommageable pour la société et finalement pour le marché financier<sup>1392</sup>. Cette éventualité n'influence pas toutefois la validité des opérations d'augmentation de capital réalisées au sein de l'entreprise innovante avant l'entrée à la bourse. En tout cas, pour garantir la licéité de ces augmentations, la société doit respecter les exigences impératives que les deux droits sous comparaison posent pour la réalisation valable des augmentations du capital social au sein de leurs sociétés anonymes (art. L225-127 suiv. C.com., 13 L 2190/1920, v. supra Partie I). Il s'agit évidemment dans le cas de l'opération de capital-risque d'augmentations en numéraire (le capital-risqueur ne fait pas d'apports en nature et ses « apports » en savoir-faire, liaisons, accompagnement de la société innovante dans ses premiers pas ne sont pas pris en compte comme apports au sens strict du terme en droit des sociétés). On pourrait considérer que le caractère des augmentations du capital en cause comme indispensables pour le développement de la société et les conventions entre les parties les engageant sur l'évolution de leurs relations dans le cadre de l'opération de capital-risque vident largement de sens dans le cas que nous étudions la problématique traditionnelle des deux droits sous comparaison et de leur impératif sur l'équilibre d'intérêts dans les augmentations de capital : ce qui intéresse pour la réussite de l'opération n'est ni le maintien de l'équilibre de forces entre actionnaires ni la protection de la participation des actionnaires déjà en place à la valeur réelle de la société, réputés garanties par la prévision par les deux droits sous comparaison d'un droit préférentiel de souscription qui ne peut être écarté par décision de l'assemblée extraordinaire que pour une augmentation du capital donnée (v. supra Partie I) ; ce qui intéresse surtout est l'injection du capital de l'opérateur du capital-risque dans la société innovante, dans la perspective de l'achèvement de l'opération et de sa sortie de la société. Il s'agira donc typiquement d'opérations d'augmentations de capital réservées au capital-risqueur, dans le but de gagner du temps dans l'opération, possibilité offerte aussi bien par le droit français que par celui grec (L221-135, L 225-138 C.com., 13 par. 10 L2190/1920 sur les augmentations du capital réservées à certaines personnes), selon la relation de base entre les participants qui ont programmé l'évolution de

---

<sup>1391</sup> V. sur ces restrictions G. Kontogeorga- Théocharopoulou, op. cit., nos 162-167.

<sup>1392</sup> Sur les risques en cause v. E. Dubocage - D. Rivaud-Danet, *ibid.*

leurs relations<sup>1393</sup>. Les actions réservées au capital-risqueur peuvent par ailleurs varier – actions ordinaires, actions de préférence ou privilégiées aujourd’hui offertes par les deux droits sous comparaison, bien que certaines différences demeurent entre eux en la matière (v. sur les actions offrant des privilèges pour le droit français et le droit grec supra Partie I, avec comme différence plus importante que les actions de préférence du droit français peuvent donner des privilèges politiques, tandis qu’une telle possibilité n’est pas offerte par la loi grecque pour les actions privilégiées, et les désaccords dans la doctrine française sur l’étendue de ces privilèges politiques que les actions de préférence peuvent incorporer) – selon les besoins et les choix des participants ; il est évident que les actions donnant des droits spécifiques sont plus appropriées pour le rôle que le capital-risqueur joue dans la société. Des auteurs français soulignent d’ailleurs le rôle joué par les opérations de capital-risque dans la libéralisation des actions de préférence en droit français<sup>1394</sup>. Il est toutefois à noter que le capital-risqueur agissant comme dirigeant de fait peut engager à l’égard des tiers sa responsabilité pour la mauvaise marche de la société dans laquelle il s’active en cas d’insolvabilité de cette dernière, sur les fondements dont les deux droits disposent pour obtenir ce résultat (en droit français action en comblement du passif, en droit grec art. 98 Code grec des faillites sur la responsabilité des dirigeants de droit ou de fait des sociétés de capitaux – v. supra, Partie I sur la responsabilité des dirigeants de fait pour les deux droits sous comparaison) ; de la sorte, peut être restauré dans les sociétés utilisant le recours au

---

<sup>1393</sup> L’art. L225-138 C. com. prévoit expressément la possibilité de réserver l’augmentation de capital avec suppression du droit préférentiel de souscription à certaines personnes ou catégories de personnes. Bien sûr l’organe compétent pour cette décision est l’assemblée générale extraordinaire, les personnes nommément désignées comme bénéficiaires ne prenant pas part au vote, si elles sont déjà actionnaires. Le droit grec ne prévoit pas expressément la possibilité de réserver l’augmentation du capital à certaines personnes, mais l’art 13 par. 10 L2190/1920 sur la suppression du droit préférentiel pour une augmentation de capital donnée n’exclut pas cette possibilité, et de la sorte on doit la réputer permise. Il semble toutefois que la suppression du droit préférentiel pour seulement certains des actionnaires nécessite le consentement de ceux dont le droit préférentiel est supprimé, comme dérogation au principe d’égalité entre actionnaires. V. sur l’ensemble de la question de la suppression du droit préférentiel de souscription pour une augmentation donnée du capital des AE V. Antonopoulos « Droit des AE et EPE », p. 184. En tout cas, les rapports de forces et les liens entre les participants dans une opération de capital-risque rendent plutôt théorique les difficultés quant à la réservation de la totalité de l’augmentation du capital au capital-risqueur, si tel est l’accord des parties.

<sup>1394</sup> Selon M. F.D. Poitrinal -op. cit, no 163- les attentes des acteurs du capital-investissement ont joué un rôle dans la libéralisation des actions de préférence en droit français, la souplesse offerte par la nouvelle catégorie étant substituée au foisonnement de catégories d’actions et titres auparavant existants. Sur l’utilisation des actions privilégiées dans le cadre des opérations de capital-risque v. G. Kontogeorga -Théocharopoulou, op. cit., nos 549 suiv.

capital-risque le lien entre le pouvoir dans la société et la responsabilité pour la mauvaise marche de cette dernière<sup>1395</sup>.

## **B. Les opérations sur le capital social comme moyens de défense anti-OPA**

### **La problématique des montages en cause**

Les opérations sur le capital social sont normalement destinées par le droit des sociétés soit à ajouter des ressources à celles qui sont déjà à la disposition de la société, si cette dernière en a besoin pour poursuivre mieux son objet social, soit à diminuer ces ressources, si ces dernières sont excédentaires par rapport aux besoins de l'entreprise dont la société est la forme juridique, soit à ajuster le capital social aux ressources réelles nettes de la société à la suite des pertes. Aussi bien le droit français que le droit grec introduisent des corps importants de règles impératives pour la réglementation de ces opérations, notamment dans les sociétés anonymes (SA/AE), des corps de règles impératives participant au noyau de l'ordre public économique sociétaire tel que nous l'entendons et visant à protéger les intérêts multiples des groupes de particuliers impliqués, mais aussi l'intérêt de l'organisation sociale de la société (v. supra Partie I). Pourtant, dans les sociétés cotées les opérations sur le capital social sont parfois utilisées dans le but unique de protéger la société (et / ou les dirigeants en place) face à une offre publique hostile d'acquisition du contrôle de cette société, offre publique présente ou imminente. Cette utilisation atypique des opérations sur le capital social comme défenses anti-OPA mais aussi l'utilisation dans un but atypique de l'impératif nécessaire pour la réussite de ces opérations les rapprochent des montages tels que nous les entendons ; ce rapprochement est plus complet si l'opération présente une certaine complexité accentuant son caractère atypique. En tout cas, les augmentations du capital social, réservées à des mains alliées à une équipe dirigeante, ont comme but de rendre plus difficile et plus onéreuse ou même impossible l'acquisition du contrôle par l'offreur, tandis que la réduction du capital par le biais du rachat de ses propres titres par la société en vue de leur annulation a un effet dit de "réduction" et une plus grande cherté de la cible<sup>1396</sup>.

---

<sup>1395</sup> V. pour de tels cas C. cass. Ch. com. 3 janvier 1995 (deux espèces), Bull. Joly 1995, p. 266, 269, T. com. Paris 18 juin 1991, 4 févr. 1992, Bull. Joly 1992, p. 277, note A. Couret.

<sup>1396</sup> A. Viandier « OPA-OPE », no 520 sur l' « effet relatif ».

## **Présentation de certains cas particuliers d'opérations sur le capital social utilisées comme défenses anti-OPA**

Les cas que nous allons présenter relèvent de la pratique française et du droit français, chose qui est normale, étant donné que le marché financier est plus développé en France qu'en Grèce, comme y sont plus fréquentes et plus importantes les offres publiques. La présentation commencera naturellement avec les défenses anti-OPA préventives, "à froid", en principe libres sous certaines conditions dans les deux droits sous comparaison (v. supra Partie I, Titre II)<sup>1397</sup>. Une première opération décidée et mise en place avant l'offre – mais dont l'effet complet se développe durant l'offre – est l'émission par la société potentiellement cible de titres donnant accès à un terme au capital<sup>1398</sup>. Ces titres - obligations convertibles, obligations à bons de souscription, bons autonomes – sont réservées à une société, qui en fait est un « consortium » de plusieurs alliés de la direction de la société cible. Une fois l'OPA hostile déclenchée ou imminente – et seulement dans ce cas- la société véhicule de la défense anti-OPA lève les options et souscrit à une augmentation du capital, pouvant ainsi empêcher la réussite de l'offre publique hostile. Les actions de la société-véhicule peuvent aussi être cédées à un nouvel allié de la direction de la société cible, et on peut ainsi penser que dans ce cas des financiers alliés de cette direction souscrivent ces actions en rendant un service jusqu'à ce qu'on trouve un investisseur industriel pouvant jouer le rôle du "chevalier blanc"<sup>1399</sup>. La jurisprudence et la doctrine françaises semblent accepter en principe le montage en cause, sous toutefois plusieurs conditions, de l'ordre aussi bien du droit des sociétés que du droit boursier<sup>1400</sup>. Pour ce qui concerne l'impératif du droit des sociétés, la prohibition la plus importante concerne l'octroi par la société cible d'aide financière à la société véhicule ou aux personnes composant son capital, conformément au principe posé par l'art L225-216 C.com. de prohibition d'octroi d'aides par la société anonyme dans le but de l'acquisition de ses propres actions (v. supra, Partie I) ; pour ce qui concerne le droit boursier, la prohibition la plus importante est celle concernant la cession des actions de la société coquille une fois l'offre publique hostile déposée, car une telle cession constituerait cession indirecte des actions de la société cible prohibée par la réglementation boursière française. Les parties au montage doivent en plus faire attention à ce que leurs participations cumulées dans la

---

<sup>1397</sup> V. plus généralement A. Viandier, op. cit., no 320 suiv.

<sup>1398</sup> A. Viandier, op. cit., no 640 suiv.

<sup>1399</sup> V. A. Viandier, op. cit., no 641 sur l'application de ce montage dans le cas d'une OPA hostile sur la Télémécanique électrique en février 1988.

<sup>1400</sup> V. sur l'affaire Télémécanique citée ci-dessus CA Paris 18 mars 1988, JCP 1988, ed. E., 15177, no 27, obs A. Viandier - J.J. Caussain.

société cible ne dépassent pas les seuils déclenchant l'obligation de dépôt d'une offre publique obligatoire<sup>1401</sup>. L'autorité française du marché considère d'autre part que la possession de pareils bons et leur exercice durant l'offre par l'un des offreurs ne constituent pas une atteinte au principe du libre jeu des offres (v. supra Partie I, Titre II sur ce principe et son rôle central en droit français des marchés financiers)<sup>1402</sup>. La pratique grecque ne connaît pas pour le moment, semble-t-il, un pareil montage, mais son acceptation de principe par le droit grec semble possible sur le fondement du principe de l'autonomie de la volonté. Les restrictions du droit français des sociétés pour le montage en cause sont aussi grosso modo transposables en droit grec ; ainsi, bien que le dispositif grec concernant l'octroi par la société de fonds pour l'acquisition de ses propres actions soit aujourd'hui plus libéral que celui français, l'octroi de ressources sociales à la société véhicule alliée dans un but de défense anti-OPA effectué dans le seul intérêt des dirigeants en place et dans le seul but de leur maintien au pouvoir ne devrait pas être jugé acceptable (ce serait autre chose s'il peut être établi que la défense anti-OPA en cause sert aussi l'intérêt social de la société cible et les exigences de la loi sont respectées)<sup>1403</sup>. En plus, les possibilités offertes par le droit grec pour des titres donnant à terme accès au capital sont moindres qu'en droit français, le droit grec n'ayant pas procédé à une libéralisation complète des valeurs mobilières comme le droit français (v. supra, Partie I), et de la sorte l'émission de bons autonomes au profit de la société véhicule ne semble pas possible. Existe aussi en droit

---

<sup>1401</sup> V. pour une présentation détaillée de conditions exigées pour la licéité du montage en cause A. Viandier op. cit. no 642, outre celles que nous avons présentées ci-dessus, (indépendance de la société cible des investisseurs possédant le capital de la société véhicule, ces investisseurs ayant la capacité d'exercer les bons sans aide extérieure, l'objet social de cette même société doit être général, la liberté et l'autonomie de décision de la société doivent être entières, une transparence totale lors de l'émission des bons, quant à ses motifs et le rôle de la société, valeur du bon nulle, le prix d'exercice étant fixé en fonction du cours au moment de la souscription, caractère raisonnable des montants en jeu, la société à défendre ne doit plus généralement prendre aucune part au montage. V. aussi ibid sur le danger de qualification d'action de concert de l'alliance défensive en cause, avec déclenchement de l'obligation d'une offre publique obligatoire s'il y a franchissement des seuils critiques.

<sup>1402</sup> V. A. Viandier, op. cit., no 643.

<sup>1403</sup> Comme nous avons vu dans la Partie I, l'art 16a L2190/1920, tel qu'il résulte après la réforme de 2007, tout en émettant comme principe la prohibition pour la société anonyme d'avancer des fonds, accorder des prêts ou consentir une sûreté en vue de la souscription ou de l'achat de ses propres actions par une société, sous peine de nullité, permet, à la différence du droit français, ces actions sous conditions - termes raisonnables de la transaction, notamment pour ce qui concerne le taux d'intérêt et les garanties qu'elle obtient, décision préalable de l'assemblée générale (les dirigeants ne peuvent pas de la sorte avancer seuls à de telles opérations), limite du concours financier aux tiers dans le cadre des opérations en cause que ces dernières ne doivent pas faire les fonds propres de la société diminuer au dessous de la somme du capital social et des réserves obligatoires ; bien que la loi grecque ne l'exige pas explicitement, on devrait en plus réputer que les opérations en cause doivent être motivées par la poursuite de l'intérêt social et non par le seul intérêt des dirigeants, chose importante dans le cadre des défenses anti-OPA).

grec le danger de cumul des participations des alliés dans la société cible, de sorte qu'une obligation de dépôt d'une offre publique obligatoire soit née à leur charge sur le fondement de l'action de concert. Pour ce qui concerne les réductions préventives du capital dans le but de produire un effet de rélution, nous pouvons nous borner à relever leur licéité de principe pour les deux droits sous comparaison et renvoyer pour ce qui concerne leur réglementation impérative à ce que nous avons développé ci-dessus, notamment dans la Partie I de notre étude. La doctrine française propose une utilisation plus complexe de la réduction du capital et de son effet de dilution comme défense anti-OPA, la société pouvant s'engager à mettre en œuvre une série d'opérations de rachat de ses propres actions – suivi normalement de leur annulation – sous la condition de l'échec d'offres publiques éventuelles hostiles, cette modalité se trouvant bien sûr aux limites de la notion de défense préventive<sup>1404</sup>.

Pour ce qui concerne les opérations sur le capital social utilisées comme défenses anti-OPA « à chaud », une fois l'offre publique d'achat hostile déclenchée, nous devons rappeler que les deux droits sous comparaison, largement sous l'influence du droit communautaire, leur imposent des restrictions importantes, dans le but de garantir le bon fonctionnement du marché financier et les intérêts des actionnaires, finalités qui prennent ainsi largement la priorité sur l'intérêt de la société cible (si l'on considère que la défense anti-OPA se fait dans un intérêt autonome de la société – v. supra Partie I, Titre II sur cette problématique). Il est aussi à rappeler que les deux droits sous comparaison neutralisent une fois l'offre publique déposée les délégations données aux organes de direction avant l'offre, si ces dernières n'ont pas été mise en place avant le déclenchement de l'offre, si les délégations en cause peuvent faire échouer l'offre (L233-32 III C.com., 14 par. 2 L3461/2006) – dispositif qui concerne aussi les augmentations de capital déléguées aux organes de direction par l'assemblée avant l'offre (v. supra, Partie I, sur les possibilités et modalités de telles délégations en droit français et en droit grec). Certaines augmentations de capital peuvent toutefois jouer en France un rôle de défense anti-OPA une fois l'offre publique déclenchée, si l'assemblée générale extraordinaire les décide, car le droit français permet les défenses anti-OPA à chaud adoptées par l'assemblée générale. Il s'agit bien sûr d'augmentations de capital réservées à certaines personnes alliées des dirigeants de la société, cette

---

<sup>1404</sup> V. A. Viandier, op. cit., no 556. Il est à rappeler qu'il s'agit d'opérations qui peuvent prendre soit la forme d'une réduction du capital ayant comme modalité l'offre de rachat des actions dans le but de leur annulation (art L225-205 C. Com – v. A. Viandier op. cit no 521 suiv.) soit celle de rachat des actions aux fins de gestion financière suivie de leur annulation, cas dans lequel il n'y a pas application du régime ordinaire des réductions du capital et notamment du droit d'opposition pour les créanciers sociaux – art L225-209 C. com. – v. A. Viandier, op. cit., nos 540 suiv., spéc. no 555).



réserve découlant de la nature de la chose s'il s'agit d'une augmentation du capital par le biais d'un apport en nature. Bien sûr des rapports juridiques extra-sociétaires entre les dirigeants et leur allié auquel est réservée l'augmentation garantissent normalement – du moins dans une certaine mesure – la fidélité de ce dernier. L'existence de ces rapports extra-sociétaires renforce naturellement le caractère de l'opération en cause comme montage<sup>1405</sup>. On retrouve d'autre part de nouveau selon la doctrine française l'intérêt social, qui va jouer un rôle de critère pour l'appréciation de la licéité de l'augmentation du capital – notamment de celle en nature – effectuée durant le cours de l'offre même par décision de l'assemblée des actionnaires<sup>1406</sup>. L'émission des titres donnant accès au capital demeure possible durant l'offre sous les mêmes conditions. Le droit français offre en plus désormais expressément une possibilité de défense anti-OPA à chaud par le biais d'augmentation optionnelle du capital durant l'offre avec la reconnaissance expresse des bons de défense (L233-32 II C.com.) : il s'agit de bons émis par décision de l'assemblée générale extraordinaire de la société cible (assemblée statuant pourtant selon les quorum et majorité de l'assemblée ordinaire) et offrant un droit de souscription à des actions de cette dernière à des termes préférentiels, bons distribués gratuitement aux actionnaires en place avant la fin de l'offre<sup>1407</sup>. La défense anti-OPA durant l'offre peut d'ailleurs être poursuivie sous la même condition de la compétence de l'assemblée générale par le biais de la réduction du capital de la société-cible, pratique très répandue aux Etats-Unis<sup>1408</sup>. Ces défenses semblent aussi transposables en droit grec si elles sont décidées par l'assemblée extraordinaire compétente en principe pour les opérations sur capital, car le droit grec permet, à l'instar du droit français, des défenses à chaud adoptées par l'assemblée des actionnaires ; serait exclue toutefois l'émission de bons défensives, car de tels titres ne seraient pas conformes au *numerus clausus* d'ordre public des titres donnant accès au capital du droit grec (v. supra Partie I). Cette licéité de principe jouerait pourtant, croyons-nous, sous la même condition supplémentaire qu'en droit français, à savoir que

---

<sup>1405</sup> V. A. Viandier, *op. cit.*, no 2122 suiv., avec référence au cas de l'offre publique hostile par Mittal Steel sur Arcelor, la direction de cette dernière ayant envisagé une défense d'augmentation de son capital social par un apport en nature d'une société tierce. Les engagements de l'apporteur à l'égard de la direction de la société cible peuvent consister à des obligations d'inaliénabilité des actions acquises par lui et des obligations de neutralité dans les assemblées de la cible.

<sup>1406</sup> A. Viandier, *op. cit.*, no 2122.

<sup>1407</sup> L233-32, II C.com, A. Viandier, *op. cit.*, no 2126 suiv, avec une présentation de la raison d'être et de l'historique de l'introduction de ce dispositif. La prévision d'une décision de l'assemblée générale extraordinaire avec le quorum et majorité requis pour la prise valable de décisions par l'assemblée ordinaire est qualifiée de "baroque" par cet auteur.

<sup>1408</sup> V. sur cette défense, ses difficultés et sa licéité sur le fondement de la souveraineté de l'assemblée A. Viandier, *op. cit.*, no 2152.

l'augmentation du capital –notamment celle en nature- ou sa réduction ne soient pas contraires à l'intérêt social de la société cible ; dans le cas contraire, il y aurait risque de qualification de la décision de l'augmentation d'abus de droit, comme l'opération serait contraire à l'intérêt social et visant à servir exclusivement les intérêts des dirigeants en place (v. supra Partie I sur les conditions et les effets de l'abus de droit généralement en droit grec mais aussi plus particulièrement en droit des sociétés anonymes). La notion d'intérêt social peut de la sorte être prise en compte dans les deux droits sous comparaison pour déterminer les limites d'ordre public de l'instrumentalisation des opérations sur le capital dans le cadre de défenses anti-OPA, et de la sorte on constate que l'intérêt de la société peut avoir un rôle important à jouer même dans le cadre d'un droit réputé servant avant tout l'intérêt du marché ; mais on retrouve de la sorte les difficultés conceptuelles liées à cette notion d'intérêt social, notion pourtant centrale en droit des sociétés (v. supra, Partie I, Titre I).

### **C/ Le coup d'accordéon**

#### **Description du montage en cause**

Le « coup d'accordéon » est une technique qui a fait son apparition en France dans les années 1990, en suscitant un contentieux et un intérêt doctrinal importants<sup>1409</sup>. Il s'agit d'une technique de renflouement de sociétés en situation compromise et ayant un besoin urgent de recapitalisation et de reconstitution de leurs capitaux propres que seule une augmentation massive du capital peut offrir, opérée le plus souvent par un investisseur extérieur à la société, les actionnaires majoritaires déjà en place ne voulant ou ne pouvant pas participer à l'augmentation. La situation compromise de la société pose toutefois des problèmes importants à l'opération : d'abord, les capitaux propres vont être reconstitués exclusivement par le nouveau venu, mais les actionnaires anciens vont participer à cet actif net reconstitué avec l'augmentation de la valeur réelle de leurs actions, sans toutefois avoir apporté quelque chose à la société. Il s'agit donc d'une situation inverse de celle d'une augmentation de capital normale et de la problématique du droit préférentiel de souscription pour les actionnaires déjà en place (v. supra, Partie I). Ensuite, la présence des actionnaires déjà en place rend plus difficile l'acquisition du contrôle de la société par le nouvel apporteur, car les premiers maintiennent leurs droits politiques dans la société. Pour faire

---

<sup>1409</sup> V. M. Cozian - A. Viandier - Fl. Deboissy no 853, 874 suiv. M. Germain – V. Magnier nos 1962, 1965, P. Le Cannu - B. Dondero no 1221, S. Sylvestre « Le coup d'accordéon ou les vicissitudes du capital », thèse, Litec 2002, D. Cochet « Le coup d'accordéon ou les offres de l'infinitésimal », R. j. com. 2004, p. 135.

face à ces problèmes, la pratique française a inventé le procédé dit de « coup d'accordéon », réalisé par les majoritaires « sortants » en entente avec le nouvel apporteur, résultant le plus souvent de protocoles d'accord entre les majoritaires, le repreneur et les banques créancières de la société<sup>1410</sup>. Le « coup d'accordéon » consiste à une décision de l'assemblée des actionnaires de procéder à une réduction du capital social à zéro, signifiant l'annulation de toutes les actions existantes, suivie immédiatement d'une augmentation du capital réservée normalement au nouvel actionnaire allant acquérir le contrôle de la société. Ce dernier se trouve ainsi débarrassé des difficultés que lui posait la présence des actionnaires anciens dans la société. Il s'agit bien sûr d'un montage tel que nous les entendons (v. supra notre Introduction) : la réduction du capital social et l'impératif légal la concernant sont utilisés dans une finalité fortement atypique par rapport à leur destination typique légale (v. supra, Partie I), dans le but d'annuler les actions de la société et d'évincer l'ensemble des actionnaires déjà en place de la société, en ouvrant la voie au changement de contrôle et de la constitution de l'actionnariat de cette dernière. L'opération en cause porte atteinte certaine au droit propre des actionnaires de rester associés, du moins pour ceux des actionnaires qui désirent demeurer dans la société malgré ses pertes importantes et leur incapacité de la renflouer, bien que ce droit de rester associé soit réputé un droit d'ordre public sociétaire (v. supra, Partie I). Il s'agit de l'intervention la plus drastique peut-être que la collectivité des actionnaires puisse faire dans la sphère personnelle de chaque actionnaire pris individuellement au nom de l'intérêt social, et plus particulièrement au nom de l'intérêt de la société et de l'entreprise que cette dernière exprime juridiquement à la survie. Le montage du « coup d'accordéon » soulève ainsi d'importantes questions concernant l'ordre public sociétaire et ses limites, ainsi que la nature de l'intérêt social et de la société anonyme elle-même.

### **Le problème de la licéité du « coup d'accordéon » en droit français**

Dans son article L224-2 C.com., le droit français prohibe la réduction du capital social au dessous du seuil impératif légal pour les sociétés par actions, sauf si la réduction est suivie immédiatement d'une augmentation du capital reconstituant au moins le minimum légal du capital social, cette augmentation étant posée comme condition de la réduction du capital. Cet article peut offrir un premier argument en faveur de la validité du « coup d'accordéon » en droit français ; il s'agit pourtant d'un argument qui n'est pas concluant, car l'article en cause n'envisage pas la réduction du capital à zéro, avec la problématique particulière y rattachée, notamment l'exclusion forcée des minoritaires s'opposant à

---

<sup>1410</sup> V. infra dans l'affaire L' Amy.

l'opération. Des minoritaires ainsi expulsés avaient saisi les tribunaux et avaient attaqué les décisions des assemblées mettant en place le « coup d'accordéon », en invoquant principalement des arguments tirés de la conception contractualiste de la société et de la protection du droit de propriété: les décisions en cause des assemblées iraient ainsi selon eux à l'encontre de l'intérêt commun des associés que l'art. 1833. C.civ. –article fondamental pour l'ordre public sociétaire français- pose comme cause de la société, elles obligerait les minoritaires à souscrire à une augmentation du capital pour rester actionnaires (si bien sûr l'augmentation n'avait pas été réservée à une personne), cette obligation constituant une augmentation des engagements des associés prohibée normalement en droit français sauf unanimité (v. supra Partie I), l'annulation de leurs actions constituerait une expropriation pour utilité privée, en plus non suivie d'indemnisation. La jurisprudence française a pourtant validé les opérations de coup d'accordéon dans les sociétés à situation compromise, en considérant que l'annulation des titres des actionnaires suivant la réduction du capital n'était dans ces cas qu'une modalité de l'obligation des actionnaires de participer aux pertes de la société jusqu'au montant de leurs apports<sup>1411</sup>.

---

<sup>1411</sup> V. les arrêts de la Chambre commerciale de la Cour de Cassation du 17 mai 1994 (Usinor), Defrenois 1994, 1035, obs. H. Hovasse, Rev. soc. 1994, 485, note S. Dana-Demaret, 10 octobre 2000 (Demenois), JCP E 2001, p. 85, note A. Viandrier, Dr. soc. 2001 no 20, note Th. Bonneau, 18 juin 2002 (L'Amy), JCP E 2002, p. 1728, note A. Viandier, Bull. Joly soc. 2002, p. 1221 note S. Sylvestre, 9 octobre 2007, no 04-10382 Bull. Joly soc. 2008, p. 95, note I. Paraschkevova. Dans l'affaire Usinor, le montage du coup d'accordéon était juridiquement assez complexe, une particularité importante étant l'implication de l'Etat français dans les augmentations de capital. Les capitaux propres de la société Usinor étant devenus négatifs, l'assemblée générale extraordinaire a refusé de décider la dissolution anticipée de la société, en choisissant un montage d'apurement du passif selon les étapes suivantes : augmentation du capital social réalisée par conversion d'obligations convertibles dont l'Etat était porteur, réduction du capital social à zéro, nouvelle augmentation du capital avec vocation prioritaire reconnue aux actionnaires (leur droit préférentiel de souscription ayant disparu avec l'annulation de leur action), avec participation de l'Etat par le biais de compensation de ses créances sur la société, le solde de ses obligations convertibles étant devenu exigible par convention avec la société, ensuite nouvelle réduction du capital social. Les minoritaires ont attaqué la décision de l'assemblée extraordinaire principalement sur le fondement d'une aggravation de leurs engagements sans leur consentement, en considèrent comme une telle aggravation le fait qu'ils devraient avancer de nouveau des fonds pour rester dans la société et sur celui de leur exclusion de la société (pour ceux qui n'ont pas souscrit à l'augmentation), exclusion non permise selon eux à défaut de fondement légal ou statutaire. La Cour de cassation devant laquelle le litige est arrivé a rejeté ces arguments, en considérant qu'il n'y a pas eu aggravation des engagements, car la mesure prise n'a pas imputé des dettes aux actionnaires au-delà du montant de leur souscription, et que la participation à la nouvelle augmentation du capital était facultative, tandis que la survie de la société – a défaut de volonté de la dissoudre – légitimait la réduction du capital à zéro, légitimant aussi, semble-t-il, pour la Cour l'exclusion de fait des actionnaires. Sur l'aspect du montage concernant la convention avec l'Etat rendant ses créances exigibles v. infra. Dans l'affaire L'Amy, le « coup d'accordéon » était plus typique, avec réduction du capital social à zéro, annulation des actions existantes, augmentation du capital avec suppression du droit préférentiel de souscription, réservée au preneur de la société. Les minoritaires ont attaqué la décision de l'assemblée en

Un auteur français a souligné que c'est la cause licite et conforme à l'intérêt social de l'ensemble de l'opération qui permet son acceptation par les juges français, preuve de l'importance de la cause –celle subjective– dans l'ordre public économique français et plus particulièrement dans l'appréciation de la licéité d'ensembles d'actes juridiques<sup>1412</sup>. Mais les décisions des assemblées mettant en œuvre le « coup d'accordéon » ne doivent pas constituer un abus de majorité, avec les majoritaires poursuivant exclusivement leurs intérêts au détriment des intérêts des minoritaires, ni constituer bien sûr des instruments de fraude (v. supra Partie I, sur ces notions en droit français)<sup>1413</sup>. La jurisprudence en cause ne prend pas explicitement position sur la question de l'intérêt social comme intérêt commun des associés ou comme intérêt de l'entreprise comme critère de la licéité des opérations de coup d'accordéon<sup>1414</sup>. Il paraît néanmoins difficile de fonder les arrêts en cause sur une conception contractualiste de la société, car la disparition du contrat

---

invoquant une violation de l'intérêt commun des actionnaires (v. infra) et une expropriation illégale car non justifiée par une cause d'utilité publique et non précédée d'une indemnisation, ainsi qu'augmentation de leur engagement. La Cour de cassation a de nouveau débouté les minoritaires, en considérant plus particulièrement sur le moyen invoquant l'expropriation illégale qu'il s'agissait d'une contribution des actionnaires aux pertes dans la limite de leurs apports, les minoritaires allant se trouver en tout cas dans une situation identique si la société avait déposé son bilan, et donc il n'y avait pas d'expropriation illégale.

<sup>1412</sup> J-Ph. Dom, thèse précitée, nos 494 suiv., plus généralement sur la cause subjective comme critère de la licéité du montage et nos 613 suiv. sur les montages et l'intérêt social.

<sup>1413</sup> L'arrêt L'Amy prend ainsi soin de préciser que l'opération du coup d'accordéon était effectuée dans l'intérêt social et que les majoritaires ont subi le même sort que les minoritaires, en excluant ainsi les éléments constitutifs de l'abus de droit (v. supra, Partie I). Pour un cas dans lequel l'abus de majorité dans le coup d'accordéon a été retenu v. T. com. Paris 20 juin 2006, Bull. Joly soc. 2006, 1404, note Hallouin. Sur la possibilité de l'utilisation du coup d'accordéon comme technique pour contourner l'unanimité obligatoire pour la cession des parts des sociétés en nom v. P. Le Cannu-B. Dondero, no 1394. Dans l'affaire précitée Demenois le demandeur avait attaqué la décision de l'assemblée générale extraordinaire mettant en place le « coup d'accordéon » en invoquant la fraude, plus particulièrement la fraude à l'engagement contractuel du majoritaire de racheter les actions du demandeur, le majoritaire étant libre de cet engagement une fois les actions de la société annulées à la suite de la réduction du capital à zéro. Les juges du fond ont toutefois rejeté le moyen, en appréciant que l'opération était commandée par l'intérêt social et ne relevant aucune intention frauduleuse ; la Chambre commerciale de la Cour de Cassation a confirmé la décision des juges du fond comme légalement justifiée, en rejetant le pourvoi contre elles.

<sup>1414</sup> L'arrêt Usinor recourt ainsi à l'intérêt social, compris comme l'intérêt de la société à la survie, pour rejeter le moyen des demandeurs tiré de leur exclusion de la société sans fondement légal ou statutaire par le biais du « coup d'accordéon ». Dans les affaires Demenois et L'Amy, les demandeurs s'étaient efforcés de distinguer entre intérêt social et intérêt commun des actionnaires, le premier ne pouvant pas selon eux permettre l'atteinte au second. La Cour de Cassation semble avoir accepté la distinction mais elle a rejeté les moyens y fondés, en considérant qu'en tout cas, la décision des assemblées était non seulement conforme à l'intérêt social, mais qu'elle ne portait pas atteinte à l'intérêt commun des actionnaires, ou rupture de cet intérêt, car majoritaires et minoritaires avaient subi le même sort et les minoritaires se seraient trouvés dans une situation identique si la société avait déposé le bilan, à défaut de réalisation de l'augmentation du capital.

nécessite en principe le consentement commun des contractants, et beaucoup plus facile de les expliquer sur le fondement d'une conception organisationnelle de la société, cette dernière étant en somme l'expression juridique d'une entreprise, organisation juridico-économique avec un intérêt propre<sup>1415</sup>. La doctrine française interprète d'autre part ces décisions comme reconnaissant la licéité du « coup d'accordéon » seulement si la valeur des actions est nulle<sup>1416</sup>.

### **L'acculturation possible du « coup d'accordéon » en droit grec**

On peut rencontrer dans la doctrine grecque des références à la technique du « coup d'accordéon » comme un procédé de restructuration de sociétés en difficulté assez courant, sans que soient relevés de problèmes de licéité de cette technique similaires à ceux ayant vu le jour en France, la question n'étant pas abordée dans son aspect de la version « extrême » du coup d'accordéon de la diminution du capital à zéro préalablement à son augmentation<sup>1417</sup> ; d'autre part, la jurisprudence grecque ne connaît pas pour le moment, semble-t-il, des litiges nés dans des opérations du type du « coup d'accordéon » du droit français et de la sorte la question de la licéité de la diminution du capital à zéro préalablement à son augmentation reste ouverte. Comme le droit français, le droit grec prévoit que le capital social de l'AE ne peut être réduit au-dessous d'un seuil minimum impératif légal aujourd'hui de 24.000 euros (art. 8 par. 2 L2190/1920 - v. supra, Partie I), sauf si la réduction est suivie d'une augmentation immédiate du capital social reconstituant le minimum impératif légal (art. 8 par. 6 L2190/1920). L'existence de cet article pourrait offrir un argument pour la licéité de l'application du coup d'accordéon en droit grec – toutefois, comme en droit français, la réduction du capital social à zéro pose des problèmes

---

<sup>1415</sup> Selon Mme Dana-Demaret (note précitée sous l'arrêt Usinor) : « Si l'on ne peut pas admettre la survie de la qualité d'associé à l'opération de réduction à zéro du capital comment admettre la survie de la société elle-même, société sans actionnaires ? A cela deux éléments de réponse doivent être apportés. D'une part, cela traduit l'institutionnalisation des sociétés ; alors que le contrat de société ne pourrait exister sans contractant, son objet (c'est-à-dire les apports) étant devenu inexistant, la personne morale qui en est issue peut survivre à la disparition éphémère de ses associés. D'autre part, cette survie se justifie par le fait que la réduction est ici obligatoirement faite sous condition suspensive d'une augmentation de capital... »

<sup>1416</sup> M. Cozian -A. Viandier - Fl. Deboissy, no 874.

<sup>1417</sup> V. (en grec) E. Kourakis, in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), éd. 2010, t. 1, p. 230-231, cet auteur citant comme exemple de coup d'accordéon dans une AE ayant un capital initial de 200.000 euros et disposant à la suite de pertes de capitaux propres de 100.000 euros la diminution « nominale » de son capital social à 100.000 euros, afin qu'un nouvel actionnaire puisse entrer dans la société avec une injection de 100.000 euros comme augmentation du capital sur un pied d'égalité avec les actionnaires déjà en place (sans une diminution préalable, le nouvel actionnaire ne posséderait après l'augmentation que le tiers du capital social, malgré l'apport d'une somme égale aux capitaux propres de la société).

particuliers (annulation des actions existantes et expulsion des minoritaires même contre leur volonté). Du point de vue du droit grec des sociétés, on pourrait arguer pour la licéité du montage en cause, si ce dernier est nécessaire pour l'intérêt social (autrement dit si la société est en telle situation qu'elle ne puisse survivre sans l'augmentation du capital) et s'il y a respect de l'égalité des actionnaires (autrement dit si les majoritaires n'obtiennent pas d'avantages au détriment des minoritaires) ; pour le poser négativement, doit être exclue pour la validité du coup d'accordéon l'existence d'une fraude à la loi et d'un abus de droit, qu'on doit réputer exister si l'opération n'est pas nécessaire pour l'intérêt social et sert seulement les intérêts des majoritaires au détriment de ceux des minoritaires, en visant par exemple à expulser ces derniers de la société (v. supra, Partie I, sur la notion d'abus de droit en droit grec et sa concrétisation en droit des sociétés, ainsi que sa sanction par le biais de l'annulabilité de la décision depuis 2007). L'argumentation de la jurisprudence française que dans les sociétés dont la valeur des actions est nulle le coup d'accordéon n'est qu'une modalité de participation des actionnaires aux pertes et non une expropriation privée ou une augmentation imposée des engagements des actionnaires semble d'ailleurs transposable en droit grec. Un problème particulier peut se poser en droit grec avec la réforme constitutionnelle de 2001, la Constitution grecque reconnaissant désormais expressément l'effet horizontal des droits constitutionnels dans les relations privées auxquelles ces droits sont appropriés (art. 25 de la Constitution. –v. supra, Partie I sur cette réforme, ainsi que sur la question de la protection constitutionnelle de la propriété sur les actions). Le « coup d'accordéon » avec la réduction du capital social à zéro et l'annulation des actions en résultant, serait-il ainsi pour le droit constitutionnel grec une atteinte au droit de propriété des actionnaires – du moins de ceux qui ont opposé l'opération – par le biais d'une décision d'un organe privé, à savoir de l'assemblée de la société, une atteinte contraire au droit constitutionnellement reconnu de propriété (art. 17 Const.)? Pour le moment les tribunaux grecs n'ont pas approché la question, à défaut de contentieux plus généralement en Grèce sur le «coup d'accordéon». Nous croyons pourtant qu'une pondération des intérêts typiquement impliqués dans les cas de « coup d'accordéon » (d'une part la valeur nulle de la propriété des actionnaires, à savoir de leurs actions, d'autre part la nécessité de l'opération de réduction à zéro suivie d'une augmentation du capital pour la survie de la société) aboutirait à l'acceptation de la validité des opérations en cause du point de vue du droit constitutionnel grec.

## **Par. 2/ La transformation des sociétés comme montage et l'ordre public**

### **A/ La transformation en droit français**

#### **La transformation comme montage et le droit des sociétés**

Aujourd'hui en droit français la transformation d'une société à une autre forme sociale est une opération sociétaire normale, effectuée par décision de la collectivité des associés, en principe comme modification statutaire, selon les exigences pour celle-ci dans la forme sociale transformée - mais des majorités renforcées ou même l'unanimité sont exigées dans certains cas et est aussi exigée l'observation de certaines prescriptions impératives supplémentaires du droit des sociétés ; la transformation régulière est en tout cas aujourd'hui reconnue avoir lieu dans la continuité, sans dissolution ni changement d'identité de la société (1844-3 C.civ. – disposition de droit commun pour toutes les sociétés, L210-6 C.com., disposition commune pour toutes les sociétés commerciales, L223-43, L224-3, L225-243 à L225-245-1, L227-3 C.com.)<sup>1418</sup>. Plusieurs facteurs peuvent amener les

---

<sup>1418</sup> Sur l'histoire du droit des transformations en droit français v. P. Didier, t. 2, p 413 suiv. Aujourd'hui, selon les termes de l'art 1844-3 C.civ., la transformation régulière d'une société en une société d'autre forme n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle. Normalement la transformation sera le résultat du développement d'une entreprise, la forme juridique initialement adoptée étant dépassée par ce développement. L'art 224-3 C. com. traite ainsi le cas le plus classique de la transformation d'une société (de personnes ou SARL) en société par actions, en introduisant notamment impérativement l'intervention d'un commissaire aux apports, si la société transformée n'a pas de commissaire aux comptes, pour évaluer l'actif de la société et éventuellement les avantages particuliers. Les associés statuent sur l'évaluation des biens et l'octroi des avantages particuliers, sous peine de nullité de la transformation à défaut d'approbation expresse de leur part. La transformation d'une société de personnes en SARL ou SA ou d'une SARL en SA est pour la reste soumise au régime des modifications statutaires – si toutefois une SARL dispose dans son dernier bilan des capitaux propres excédant 750.000 euros, la majorité des parts sociales suffit. Il est à noter que la transformation d'une société de personnes à une société à risques limités ne peut pas bien sûr exonérer les associés de leur responsabilité pour les dettes sociales antérieures à la transformation. Le droit français est plus restrictif quant à la transformation « régressive » et assez rare d'une SA en autre forme sociale (sont exigés au moins deux ans d'existence, établissement et approbation du bilan de deux premiers exercices, intervention de commissaire aux comptes attestant que les capitaux propres sont au moins égaux au capital, approbation de l'assemblée des obligataires et de l'assemblée des porteurs de parts bénéficiaires et des parts des fondateurs). La transformation d'une SA ou d'une SARL en SNC nécessite l'accord de tous les associés ou actionnaires, parce qu'il y a évidemment augmentation de leurs engagements, comme c'est le cas pour les transformation d'une SARL en commandite simple ou par actions (par contre, pour les SA suffit l'accord des actionnaires qui deviendront commandités). La transformation d'une SA en SARL exige le concours des conditions pour la modification statutaire des SARL. La transformation de toute société en SAS nécessite l'accord unanime des associés. V. pour plus de détails M. Cozian - A. Viandier - Fl. Deboissy nos 430 suiv., 874 suiv., D. Langet « Transformation », Répertoire de droit des sociétés Dalloz.



associés à changer la forme sociétaire qu'ils avaient choisie initialement<sup>1419</sup>. On pourrait toutefois dire que la loi permet typiquement la transformation avec les effets favorables mentionnés ci-dessus (notamment la continuité de la société) dans le but de faciliter l'adaptation de la forme juridique de financement et de gouvernance de l'entreprise qu'est la société aux besoins réels de l'entreprise, tels qu'ils résultent dans la dynamique de cette dernière. Néanmoins, on a rencontré dans la pratique française des cas d'utilisation de la transformation (et de l'impératif sociétaire nécessaire pour sa réalisation) par les particuliers à des fins atypiques ou même illicites, la transformation constituant dans ces cas un montage tels que nous les entendons. Les transformations des sociétés sont d'ailleurs assez fréquentes dans le cas de montages plus complexes et notamment dans le cadre de la vie du « montage structurel » du groupe de sociétés (v. infra, Titre II). Pour ce qui concerne les transformations poursuivant des finalités illicites, dans un cas de figure rencontré dans la jurisprudence française la transformation d'une SA en société commandite par actions avait été provoquée par les majoritaires non dans le but de poursuivre mieux l'intérêt social, mais dans celui de rendre plus difficile la cession des actions de l'actionnaire minoritaire et de neutraliser de la sorte les effets d'une clause statutaire de préemption qui pouvait les obliger à acquérir les actions des minoritaires. Les juges ont annulé dans ce cas la transformation sur le fondement de l'abus de majorité car l'opération était contraire à l'intérêt social et visait à la poursuite du seul intérêt des majoritaires au détriment des minoritaires (v. supra Partie I, sur le sens de la notion d'abus de majorité en droit français)<sup>1420</sup>. Bien sûr, toute utilisation atypique d'une opération de transformation n'est pas illicite par définition et on devrait conclure qu'une présomption de licéité existe pour les opérations de transformation respectant l'impératif exprès du droit des sociétés – toutefois les limites posées en la matière par l'ordre public sociétaire « virtuel » et plus particulièrement par le biais de la notion d'abus de majorité doivent être sérieusement prises en compte par les intéressés. Il est à noter que le droit français prévoit comme sanction plus généralement des transformations irrégulières la nullité de la

---

<sup>1419</sup> Sur cet aspect de la question V. M. Cozian - A. Viandier - Fl. Deboissy no 430, J-Ph. Dom « La transformation, acte d'un montage », Bull. Joly soc. 2010, p. 409.

<sup>1420</sup> T. com. Lyon, 23 janvier 1995, Dr. soc. 1995 no 102, obs. D. Vidal, RTD com. 1995, 625, obs. Petit et Y. Reinhard. Dans cette affaire une clause de préemption existait pour le cas de cession des actions des minoritaires. Le tribunal a jugé qu'il résultait des faits qui lui ont été soumis que le seul intérêt de l'opération de la transformation était de neutraliser l'obligation de préemption des majoritaires, en rendant impossible aux minoritaires de trouver des tiers cessionnaires. Le tribunal a jugé que la transformation était destinée à l'encontre de l'intérêt des minoritaires et que non seulement elle ne servait pas l'intérêt social, mais qu'elle était contraire à celui-ci; il a de la sorte relevé l'abus de majorité et a annulé par conséquent la décision de la transformation.

transformation et le retour de la société à sa forme ancienne (1844-10 C. civ., L235-1, L223-43, L224-4 C. com.)<sup>1421</sup>.

### **La transformation comme montage et le droit fiscal**

Plus intéressante est peut-être la relation des transformations des sociétés avec le droit fiscal et de son ordre public, composante importante de l'ordre public économique sociétaire tel que nous l'entendons (v. supra, Partie I). Le droit français prévoyait traditionnellement une différenciation importante dans traitement fiscal des cessions d'actions et de la cession des parts sociales, en favorisant fiscalement la première, notamment pour ce qui concerne les droits d'enregistrement pesant sur le cessionnaire<sup>1422</sup>. Des particuliers avaient ainsi imaginé de transformer leurs sociétés de personnes ou SARL en SA avant de céder la majorité ou même l'ensemble des droits sociaux, en visant à effectuer le transfert du contrôle de la société avec le moindre coût fiscal possible. Une telle opération bien sûr constitue un montage tels que nous les entendons, avec l'instrumentalisation de l'impératif sociétaire nécessaire pour la transformation dans un but pour le moins atypique par rapport à la finalité de la loi ; selon le point de vue dominant dans la doctrine française sur les montages les considérant au prolongement de la théorie de l'ensemble contractuel et de la cause commune (v. supra, notre Introduction), ce qui caractérise dans ce cas le montage est l'interdépendance entre la transformation de la société et la cession des actions <sup>1423</sup>. Cette opération présente pourtant des problèmes du point de vue du droit fiscal, d'abord sur le fondement de l'« autonomie » de ce dernier (v. supra Partie I sur la problématique la concernant, notamment pour ce qui concerne la qualification par l'administration de la cession massive de droits sociaux en cession de fonds de commerce, et la condamnation de cette tentative par la jurisprudence française). La transformation est ainsi en principe assimilée par le droit fiscal à une cessation d'entreprise, si elle emporte changement du régime d'imposition de la société selon l'impôt sur le revenu ou l'impôt sur les sociétés, contre les considérations du droit des sociétés qui voit la transformation s'opérer dans la continuité. Il en résulterait une taxation lourde de l'opération de transformation en général, comme dissolution de la société, dissuadant le montage de transformation d'une société de personnes en SA suivie

---

<sup>1421</sup> V. P. Le Cannu-B. Dondero, no 573, avec une mention à la question spéciale et plutôt rare dans la pratique de la responsabilité des associés pour les dettes sociales après l'annulation de la transformation d'une SA en SNC.

<sup>1422</sup> Avant 2008, l'acquéreur des parts sociales était obligé de payer des droits d'enregistrement à hauteur de 4,80% de la valeur des parts cotées, tandis que le cessionnaire des actions non cotées ne devait à ce titre qu' 1% de la valeur des actions cédées, en plus souvent plafonnée à 4000 euros.

<sup>1423</sup> V. sur ce montage J-Ph Dom, thèse précitée, nos 236 suiv.

de la cession des actions. Pourtant, malgré la revendication de son autonomie en matière de transformations, le droit fiscal octroie aux transformations le bénéfice de sursis d'impositions des plus-values et des provisions (art. 202-ter-I CGI), de sorte que le coût fiscal de l'opération n'est pas en réalité prohibitif<sup>1424</sup>. Ensuite, et plus particulièrement pour le montage que nous présentons de la transformation d'une SARL en SA suivie de la cession des droits sociaux de la société, l'administration fiscale française a joué la carte de l'abus de droit fiscal de l'art. L64 LPF, du type apparenté à la fraude à la loi (v. supra Partie I sur l'abus de droit- simulation et l'abus de droit- fraude à la loi en droit fiscal français), le résultat étant de nouveau la taxation pénalisante de l'opération en cause<sup>1425</sup>. La jurisprudence française a toutefois condamné aussi ces qualifications de l'administration, en considérant que la transformation même suivie de la cession des droits sociaux désormais plus favorablement traitée qu'avant la transformation n'était pas ipso facto frauduleuse ; elle a aussi exigé la réunion de critères particulièrement difficiles à rencontrer dans la réalité pour accepter l'établissement de la fraude, à savoir le but uniquement fiscal de la transformation résultant du retour de la société à sa forme antérieure une fois la cession des droits sociaux réalisée<sup>1426</sup>. La doctrine française est généralement favorable à cette attitude du juge face au montage que nous présentons, en considérant que la jurisprudence laisse ainsi davantage de place à la liberté des particuliers et à leur « habileté »<sup>1427</sup>. Pour un temps après 2008, l'intérêt fiscal du montage en cause avait d'ailleurs diminué, car le législateur français avait rapproché dans une certaine mesure les régimes fiscaux de la cession des parts sociales et de la cession des actions ; pourtant, par la suite le législateur français a opté pour la neutralité fiscale au niveau des actions – cotées ou non cotées – et une différence de régime fiscal existe de nouveau entre cession d'actions et cession de parts sociales, bien que la cession de ces dernières soit moins taxée que dans le passé ; la

---

<sup>1424</sup> V. plus généralement sur la taxation des opérations de transformation M. Cozian « Précis de fiscalité des entreprises », nos 1602 suiv.

<sup>1425</sup> La cession serait taxée avec les droits d'enregistrement applicables à la cession de parts sociales et en plus les complices de la fraude se verraient imposer de cuisantes amendes.

<sup>1426</sup> Ch. com. C. Cass. 10 déc. 1996. D. Affaires 1997, 160, JCP 1997 II. 22832, note H. Hovasse, Rev. sol. 1997, 589 note E. Kornprobst. Selon l'arrêt, l'intention frauduleuse dans la transformation d'une SARL en SA nécessiterait, outre la cession intérieure des actions par les anciens associés, le retour de la société à sa forme antérieure une fois l'opération de cession terminée. Cette exigence équivaut bien sûr à l'exigence d'une naïveté extrême de la part des personnes impliquées au montage.

<sup>1427</sup> V. M. Cozian - A. Viandier - Fl. Deboissy no 439.

transformation d'une société à parts sociales à une société par actions retrouve ainsi un intérêt fiscal<sup>1428</sup>.

### **La transformation et le droit des marchés financiers**

Une référence doit être faite à la transformation dans le cadre du droit des marchés financiers et plus concrètement à la transformation comme défense anti-OPA d'une SA cotée en société commandite par actions, qui selon le droit français est une forme sociale dont les actions peuvent être admises sur un marché réglementé<sup>1429</sup>. Ce qui intéresse en la matière est la dissociation entre le capital et le pouvoir que permet cette dernière forme sociale en droit français : ainsi, la question de la révocation du gérant est confiée dans les commandites par actions à la liberté statutaire, les statuts pouvant exiger même l'unanimité des commandités, y compris du commandité gérant, qui de la sorte devient inexpugnable, d'autant plus que la modification des statuts exige l'unanimité des commandités (art. L226-2 al. 3 C.com.). Il est vrai que tout associé peut demander la révocation en justice du gérant pour cause légitime, toute cause contraire étant réputée non écrite (art. L226-2 al. 4) ; toutefois, la nomination d'un nouveau gérant nécessite, sauf clause contraire des statuts, de nouveau l'unanimité des commandités (L226-2 al. 2 C.com.). De ces dispositions il résulte que la transformation d'une SA en commandite par actions peut avoir un effet dissuasif contre le danger d'une OPA hostile car, même si l'offreur acquiert la majorité du capital social, cette réussite ne lui garantit pas le contrôle de la société cible. La transformation en cause en vue d'une OPA imminente peut être qualifiée de montage tels que nous les entendons, car il y a une utilisation de l'impératif nécessaire pour la transformation dans un but atypique par rapport à la finalité typique légale de la transformation, qui est d'ajuster la forme juridique de l'entreprise aux besoins réels de cette dernière<sup>1430</sup>. En plus, on peut

---

<sup>1428</sup> Dès 2008 de droit français, plus conforme à l'idéal de la neutralité fiscale, imposait indistinctement aux cessions des parts sociales ou d'actions non cotées des droits d'enregistrement à un taux de 3% de la valeur des droits sociaux cédés - avec toutefois toujours un plafonnement à hauteur de 5000 euros - en cas de cession d'actions. Aujourd'hui, les cessions des actions admises au marché réglementé ou sur un système multilatéral de négociation, mais aussi en principe les cessions des actions non admises à de tels systèmes de négociation sont passibles de droits d'enregistrement à un taux de 0,1 pour cent, tandis que la cession de parts sociales est passible en principe de droits d'enregistrement à un taux de 3 pour cent, avec un abattement pourtant sur la valeur de chaque part égal au rapport entre la somme des 23.000 euros et le nombre totale des parts de la société (art. 726 CGI).

<sup>1429</sup> V. A. Viandier op. cit., no 651 suiv.

<sup>1430</sup> La transformation de la SA en commandité (simple ou par actions) nécessite selon l'art. L225-245 al. 2 l'accord de tous les associés qui acceptent de devenir commandités - mais cela ne pose pas de problème pour l'actionnaire qui contrôle la société, qui exactement est le promoteur du montage de la transformation dans le but de dissuader une OPA hostile. Plus problématique est pour

logiquement attendre dans le cadre du montage en cause que le rôle du commandité ne sera pas réservé à une personne physique, qui aurait l'inconvénient de devenir débiteur du passif social – normalement très élevé en chiffres absolus dans une société cotée – mais à une société à risques limités totalement contrôlée par le maître de l'affaire, société normalement créée par le biais de l'apport des actions du promoteur du montage à elle<sup>1431</sup>. Encore plus caractérisée est la qualification de montage dans la technique apparentée de filialisation de l'actif essentiel de la société potentiellement cible d'une OPA hostile avec création de filiales ayant la forme de la commandite par actions – bien que dans ces cas il ne s'agisse pas de transformations au sens strict (v. infra Titre II dans le cadre des développements sur le groupe de sociétés). La transformation d'une SA en SCA présente le risque pour les minoritaires de devenir prisonniers de leurs titres, exactement à cause de l'efficacité de la transformation en cause comme défense anti-OPA ; c'est pourquoi, comme nous avons vu dans la Partie I, l'ordre public économique sociétaire des marchés financiers reconnaît dans le cas de la transformation d'une société cotée en SCA un droit de sortie des minoritaires à la charge du majoritaire (L433-4 Code mon. fin., 236-5 Règl. gén. AMF) – un droit de sortie sans pouvoir d'appréciation de l'AMF, qui vient équilibrer les intérêts en présence et diminuer l'utilité du montage en cause pour le majoritaire, indépendant en plus de toute preuve d'abus de majorité<sup>1432</sup>.

---

l'actionnaire contrôlant la société l'exige par le même article de la réunion pour la transformation des conditions prévues pour la modification des statuts, avec des exigences de quorum et surtout de majorité renforcée (L225-96 C. com.) : on pourrait se demander combien un actionnaire qui possède une majorité tellement large pour imposer un changement tellement important dans la vie de la société serait menacé par une OPA hostile. La vérité est toutefois que dans les sociétés cotées avec la grande dispersion des actions et l'absentéisme des actionnaires un actionnaire peut contrôler la société avec un bloc largement au-dessous de la majorité des actions, et même obtenir la majorité exigée pour les modifications statutaires (de deux tiers des actionnaires présents ou représentés), facilité par les quorums relativement peu élevés exigés par la loi (après 2005, du quart sur première convocation, du cinquième sur deuxième convocation, des actions possédant droit de vote). Un tel actionnaire peut imposer sa volonté aux petits actionnaires dispersés, mais il est vulnérable face à une OPA hostile, si l'offreur persuade les autres actionnaires en place de lui vendre ses actions, en constituant un bloc de contrôle plus important que celui déjà existant.

<sup>1431</sup> A. Viandier op. cit. no 651, A. Guineret-Brobbeel Dorsman, thèse précitée, p. 319 suiv. Pour des exemples de basculement du pouvoir amical (qui toutefois peut donner éventuellement lieu à un contentieux) au sein de la structure commanditée v. A. Viandier, no 653.

<sup>1432</sup> Selon l'art 236-5 Règl. gén. AMF, lorsqu'une société anonyme dont les titres de capital sont admis sur un marché réglementée est transformée en société en commandite par actions, la ou les personnes qui contrôlaient la société avant sa transformation ou le ou les associés commandités sont tenus, dès l'adoption par l'assemblée générale des actionnaires de la résolution tendant à la transformation de la société, de déposer un projet d'offre publique de retrait ne comportant aucune condition minimale et libellée à des conditions telles qu'il puisse être déclaré conforme par l'AMF.

## **B. La transformation comme montage en droit grec**

### **La transformation et le droit grec des sociétés**

Le droit grec ne contient pas aujourd'hui de disposition de droit commun concernant l'opération de transformation (metatropi) de toute forme sociale et réglementant ses effets, à la différence du droit français. Des dispositions particulières du droit des sociétés reconnaissent toutefois aujourd'hui – sous certaines conditions de droit impératif – la possibilité de transformation entre les formes sociales les plus importantes, au sens du changement de la forme juridique de la société sans dissolution ni liquidation, en plus non sans certaines particularités par rapport au droit français, dont la plus importante est le maintien du besoin du contrôle administratif de légalité et de l'acte administratif d'autorisation pour la transformation de sociétés d'autres formes sociales en AE (art. 66 L2190/1920, 51 L3190/1955 – transformation d'une société anonyme (AE) en société à responsabilité limitée (EPE), 66a L2190/1920 – transformation d'une AE en société en nom ou commandite -67 L2190/1920 - surtout transformation d'une EPE ou d'une société commerciale de personnes (société en nom ou commandite) en AE, 53 L3190/1955 – transformation d'une société en nom ou commandite en EPE) et désormais transformation d'une EPE en société en nom ou commandite (art. 283 L4072/2012), ainsi que d'autres formes sociales en IKE (société privée de capitaux, forme sociale introduite en 2012- v. supra, Partie I) ou d'IKE en autres formes sociales (art. 106-107 L4072/2012)<sup>1433</sup>. Le droit

---

<sup>1433</sup> La transformation d'une EPE ou d'une société commerciale de personnes en AE suppose pour l'EPE décision de l'assemblée avec la majorité nécessaire pour les modifications statutaires et pour les sociétés de personnes avec unanimité des associés, sauf prévision différente des statuts. La transformation suppose aussi évaluation de l'actif et de passif de la société par la commission de l'art 9 L2190/1920, dans le but de garantir la vérité du capital social annoncé, étant entendu que ce capital ne doit pas être inférieur au minimum impératif de la loi (aujourd'hui 24.000€), sauf apports supplémentaires des sociétés qui vont couvrir la différence. En tout cas, la décision de la transformation en AE doit impérativement revêtir la forme de l'acte notarié contenant le minimum impératif des statuts de l'AE et, particularité importante du droit grec qu'on retrouve dans ce cas, ayant survécu en matière de restructurations malgré la réforme de 2007 (v. supra), doit être approuvée par l'administration grecque, qui contrôle sa légalité formelle et matérielle (v. supra Partie I sur le sens de ces termes). La transformation a lieu avec l'achèvement des formalités de publicité prévues aussi bien pour les AE que pour les EPE et sociétés de personnes (v. supra). Comme en droit français, les associés des sociétés de personnes transformées en sociétés à risques limités continuent à être responsables personnellement pour les dettes de la société avant transformation –mais leur exonération est en droit grec possible si les créanciers sociaux consentent par écrit à la transformation. Le droit grec prévoit un droit d'ordre public de tout associé d'une EPE qui a exprimé son désaccord avec la transformation de sortir de l'EPE, indépendamment de toute clause contraire des statuts. Selon un auteur grec, de cette prévision peut être dégagé un principe général du droit grec des sociétés, offrant à tout associé dissident de toute forme sociale un droit de retrait en cas de

grec prévoit expressément dans ces cas quant aux effets de la transformation qu'il y a continuité de la société transformée et que les procès de la société sont continués sans interruption ; la doctrine en tire la conséquence plus générale qu'il y a identité de personnalité morale entre les formes juridiques avant et après la transformation, en parlant d'une manière pourtant quelque peu contradictoire de "quasi-succession" ou "quasi-transmission" universelle de patrimoine pour les droits et obligations de la société avant la transformation au profit et à la charge de la société telle qu'elle résulte après la transformation<sup>1434</sup>. Ainsi, malgré le défaut d'une disposition de la portée et de la signification de l'art. 1844-5 C.civ. français, la transformation est aujourd'hui pour la plupart de cas imaginables une opération sociétaire normale pour le droit grec, visant typiquement à adapter la forme juridique de l'entreprise aux besoins de cette dernière. Il est entendu que les cas les plus fréquents de transformation sont celles de la transformation de sociétés de personnes en sociétés à risques limités et plus particulièrement en sociétés anonymes ; comme en France, c'est une procédure normale de « maturation » de l'entreprise, qui désormais doit acquérir une forme juridique – celle de société anonyme – plus adaptée à sa taille<sup>1435</sup>. Est pour le reste débattue dans la doctrine grecque la question de la possibilité de transformation sans dissolution de continuité de la société dans les formes sociales pour lesquelles la loi ne la prévoit pas expressément ; si l'on accepte la position selon laquelle la

---

transformation – M.-Th. Marinos (en grec) in « Droit de l'AE », dir. E. Perakis, t. 8, p. 77-78. Pour la transformation d'une AE en EPE, on doit particulièrement noter que la décision doit être prise par l'assemblée extraordinaire, qu'il y a toujours impérativement évaluation de l'actif et du passif de la société, que la transformation doit respecter le minimum impératif légal du capital social de l'EPE, que la décision de transformation revêt la forme de l'acte notarié, qu'il y a toujours besoin d'approbation de l'opération par acte administratif après contrôle de sa légalité, et que la transformation ne produit ses effets qu'après l'accomplissement des formalités de publicité prévues pour les AE mais aussi pour les EPE. Pour la transformation d'une AE en société commerciale de personnes, le droit grec exige, comme celui français, l'accord unanime des actionnaires, sur le fondement de l'introduction d'une augmentation des engagements des actionnaires. Sur la transformation d'une coopérative en AE v. V. Antonopoulos op. cit., p. 76. Sur la transformation d'une société de personnes en EPE v. ibid, p. 524 - il y a dans ce cas évaluation du patrimoine de la société transformée mais non autorisation administrative de l'opération. Sur la transformation d'une société de personnes en AE v. M.-Th. Marinos, op. cit., p. 94 suiv.

<sup>1434</sup> On pourrait se demander quelle est l'utilité de cette construction de la « quasi succession » ou « quasi-transmission universelle du patrimoine », étant donné que la loi parle aujourd'hui expressément de continuité de la société dans le changement de sa forme- ainsi M.-Th. Marinos ibid p. 73. Il est aussi à noter que la transformation d'une société commerciale de personnes en AE n'était pas prévue par la loi grecque avant 1995 et que la jurisprudence était divisée quant à la possibilité d'une transformation avec continuité de personnalité morale dans ce cas de figure, la majorité des arrêts de la jurisprudence judiciaire tendant à accepter dans ce cas une « quasi-succession » ou « quasi-transmission universelle de patrimoine » entre société de personnes et AE. Sur l'ensemble de cette question, v. Chr. Chrysanthis (en grec) in « Droit de l'AE », dir. E. Perakis, t. 8 p. 47 suiv., M.-Th. Marinos, ibid, p. 71 suiv., 94 suiv..

<sup>1435</sup> Sur les motivations des transformations v. M.-Th. Marinos op.cit., p. 72.

transformation avec continuité n'est pas possible dans les cas non expressément reconnus par la loi, on ne peut procéder que par dissolution et liquidation de la société et apport de son actif à une nouvelle société constituée selon la forme sociétaire souhaitée comme nouvelle forme juridique de l'entreprise<sup>1436</sup>. Comme en droit français, on ne pourrait pas en tout cas qualifier de montage une opération de transformation reconnue par la loi et ayant comme finalité celle typique de la loi, bien que les transformations soient fréquentes comme pièces dans le cas de montages plus complexes, notamment dans le cadre du "montage structurel" du groupe de sociétés. Pourtant, la pratique grecque a connu, comme celle française, certains cas de transformations qui visaient essentiellement à nuire à un associé, la transformation visant essentiellement à l'affaiblissement de la position juridique d'un associé ou même de forcer cet associé de quitter la société ; dans ces cas, il y a instrumentalisation de l'impératif sociétaire permettant la transformation à des fins non seulement atypiques, mais aussi contraires à celles du droit des sociétés, et de la sorte on peut parler de montage, en plus de montage condamnable. Le droit grec peut avoir dans ces cas recours à la notion de l'abus de droit de l'art. 281 AK pour censurer l'opération et protéger les victimes (v. supra Partie I sur l'abus de droit en droit grec des sociétés et sa comparaison avec l'abus de majorité que le droit français utilise pour censurer des tels comportements des majoritaires)<sup>1437</sup>. La doctrine grecque, comme d'ailleurs celle française, insiste toutefois sur ce que ces cas d'abus de droit en matière de transformations doivent être vus comme exceptionnels, une présomption de licéité existant pour les opérations de transformation respectant l'impératif « textuel » du droit des sociétés<sup>1438</sup>. Il est aussi à noter que selon l'opinion dominante –bien que contestée– dans la doctrine

---

<sup>1436</sup> V. sur cette problématique M-Th. Marinos in « Droit des sociétés anonymes » (dir. E. Perakis), t. 8, p. 71-72.

<sup>1437</sup> V. Pol. Prot. (TGI) Kos 157/1989, EEmpD 1990, p. 295, note D. Tzouganatos. Dans cette affaire, il s'agissait d'une société en commandite simple, dont les associés commanditaires ont décidé d'abord la révocation du commandité de son poste de gérant et la nomination de deux d'entre eux comme gérants et ensuite la transformation de la commandite en société anonyme (AE). Le commandité a exercé une action en demandant la reconnaissance de la nullité de sa révocation, en se fondant sur l'art 27 EN en vigueur à l'époque, selon lequel les commanditaires sont exclus de la gestion externe de la commandite (v supra Partie I). Le tribunal a toutefois considéré que la transformation de la commandite en AE était valable, car les statuts des sociétés de personnes peuvent déroger au principe de droit supplétif de la prise de décisions par les associés à l'unanimité et de la sorte, bien que la révocation du gérant commandité ait été nulle, son action était devenue sans objet à la suite de la transformation de la société. Le commentateur de l'arrêt le critique toutefois, en considérant que le tribunal devrait examiner le concours d'un éventuel abus de droit (281 AK), car la transformation, suivant de près la révocation du gérant commandité, semblait être motivée par le but de diminuer davantage la position de ce dernier dans la société, constituant ainsi un montage tels que nous les entendons (utilisation des règles du droit des sociétés dans un but atypique ou contraire à celui auquel la loi les destinent normalement).

<sup>1438</sup> V. M.-Th. Marinos, op.cit., p. 79-80.



grecque, à la différence de la solution donnée par le droit français (v. supra), le respect des formalités de publicité de la transformation d'une société en AE ou EPE a un effet curatif pour les vices de la transformation ; c'est parce que selon ce point de vue, donnant une priorité absolue à la sécurité des transactions, les vices de la transformation sont « transférés » à la nouvelle forme sociale et sont appréciés selon le droit des nullités de cette dernière, ces vices ne pouvant pas constituer une cause de nullité de l'AE ou EPE elle-même résultant de la transformation (v. supra Partie I sur la conception très restrictive des causes de nullité des sociétés de capitaux qui est dominante en Grèce), solution qui évidemment exclut la nullité de la transformation pour abus de droit avec comme effet le retour à la forme antérieure une fois la transformation en AE ou EPE publiée au registre ; on pourrait pourtant opposer à ce point de vue qu'il sacrifie les intérêts et droits des minoritaires en cas de transformation visant à leur nuire, qu'il ne s'agit pas de la nullité de la société elle-même comme entité juridique mais de la nullité de la transformation comme opération sociétaire dont il est question et que les dispositions sur la nullité des sociétés de capitaux ne sont pas par conséquent applicables en la matière, d'autant plus que la transformation est réalisée dans la continuité de la personne morale de la société et ne peut pas être assimilée de ce point de vue à une constitution d'une AE ou EPE<sup>1439</sup>.

#### **La transformation et le droit fiscal grec**

À la différence du droit français, il ne semble pas que l'administration fiscale grecque se soit efforcée de contester des transformations de sociétés en sociétés anonymes sur le fondement qu'elles constitueraient des montages visant à frauder les droits du fisc. Toutefois, le droit fiscal grec, comme c'est la position de principe du droit fiscal français (v. supra), refuse traditionnellement de voir dans les transformations des sociétés commerciales une continuité de la personnalité morale, la conséquence devant en être la taxation assez lourde des opérations de ces transformations comme dissolution de la société et constitution d'une nouvelle société, notamment pour ce qui concerne la transmission des immeubles et les plus-values éventuelles des apports à la nouvelle forme sociale. Il ne s'agissait pas néanmoins pendant longtemps tellement d'une manifestation de l'autonomie du droit fiscal face au droit des sociétés, car le droit grec des sociétés ne reconnaissait pas expressément jusqu'en 1995 la transformation des sociétés de personnes en AE avec maintien de la personnalité morale et des incertitudes existaient en la matière (v. supra), mais aussi parce que l'opinion répandue de la qualification de la transformation

---

<sup>1439</sup> V. sur cette question M. Th. Marinos, op. cit., p. 78 suiv., avec critique de l'opinion dominante.

comme « quasi-transmission universelle de patrimoine » n'exclut pas une certaine discontinuité de l'opération. Ce n'est pas non plus, à la différence du droit français, le droit fiscal grec lui-même qui a pallié cette situation, en octroyant généralement des sursis d'impositions aux transformations ; c'étaient des lois spéciales d'incitation au développement (décret-loi 1297/1972, L2166/1993), visant à promouvoir la concentration des entreprises et à renforcer de la sorte la compétitivité des entreprises grecques, qui sont venues attribuer sous certaines conditions restrictives de droit impératif, notamment des minima de capital social pour les nouvelles formes sociales résultant de l'opération, largement la neutralité fiscale à la transformation de sociétés de personnes en sociétés de capitaux et notamment à des sociétés anonymes (comme d'ailleurs c'est généralement le cas avec les restructurations des sociétés résultant à l'apparition des sociétés de capitaux – v. infra, Titre II), en innovant de la sorte par rapport au droit grec des sociétés et fiscal<sup>1440</sup>. Il est aussi à noter que le régime de faveur offert aux transformations par la loi 2166/1993 écarte sur un point essentiel la réglementation impérative du droit sur les AE, car il permet à la société transformée d'échapper à l'évaluation de son patrimoine par la commission d'experts de l'art. 9 L2190/1920 nommée par l'administration (v. supra) au profit d'une évaluation soit par l'administration fiscale soit par un commissaire aux comptes<sup>1441</sup>. La transformation d'une société en société anonyme avant la cession de ses droits sociaux pouvait présenter en droit grec des avantages fiscaux, à cause du régime fiscal privilégié traditionnel de la cession d'actions en droit grec, avec comme conséquence que le montage

---

<sup>1440</sup> Les conséquences du refus du droit fiscal grec de considérer que dans ce cas de transformation il y avait continuité de la personnalité morale de la société étaient lourdes, l'opération étant taxée comme dissolution de la société et création d'une nouvelle société ; elle était ainsi notamment grevée avec l'impôt de concentration de capitaux, impôt sur la plus-value éventuelle des biens apportés, impôt sur la transmission d'immeubles, s'il y avait des immeubles dans le patrimoine de la société transformée. Deux dispositifs spéciaux du droit d'incitation au développement (celui du décret-loi 1297/1972 et celui de la loi 2166/1993 – des dispositifs coexistant et offrant une option aux particuliers) ont toutefois reconnu entre autres incitations à la concentration des entreprises largement la neutralité fiscale de l'opération de transformation d'une société commerciale de personnes en AE ou EPE – sous sévères conditions de droit impératif, notamment d'un capital social de 300.000 € pour les AE résultant de la transformation (et de 146.735 € en cas de transformation en EPE) pour les deux dispositifs, nominativité des actions et intransmissibilité jusqu'à un pourcentage de 75% pour le dispositif du décret-loi de 1972. V. sur l'aspect fiscal des transformations M.-Th. Marinou op.cit., p. 80-81.

<sup>1441</sup> Le régime de la loi 2166/1993 offre une exonération de tout impôt la transformation comme convention et l'apport et transmission de tous les éléments patrimoniaux de l'entreprise transformée ainsi que l'inscription aux livres de publicité de ces actes, comme d'ailleurs toute transmission d'éléments d'actif et de passif. La loi en cause ne prévoit pas un régime fiscalement favorable pour les plus-values pouvant résulter lors des opérations de la transformation à la différence du décret-loi 1297/1972, mais la pratique grecque préfère son régime à celui du décret-loi de 1972, à cause de la possibilité qu'il offre d'éviter le recours à la commission de l'art. 9 L2190/1920 qui n'est pas vue par les praticiens avec faveur –v. C. Chrysanthis, op. cit., p. 445-446.

de transformation suivie de cession des droits sociaux que nous avons rencontré dans la pratique française est aussi concevable en Grèce sous le régime de la loi 2166/1993 qui, à la différence de l'autre régime spécial du décret-loi 1297/1972 (v. supra), n'impose pas l'inaliénabilité des actions de l'AE résultant de la transformation ; mais doivent bien sûr concourir les conditions d'application du régime spécial de la loi 2166/1993 octroyant à la transformation d'une société de personnes ou EPE en AE la neutralité fiscale, notamment celle de minimum de capital de la société résultant de la transformation (sinon la transformation, imposée comme dissolution et constitution de nouvelle société, serait fiscalement très onéreuse)<sup>1442</sup>. Les motifs fiscaux pour ce qui concerne la cession des droits sociaux d'une telle transformation en AE selon le régime de la loi 2166/1993 seraient d'ailleurs difficilement attaquables par l'administration fiscale grecque, comme le sont d'ailleurs désormais par le droit français, compte tenu de la reconnaissance de l'opération par le droit des sociétés mais aussi par le droit spécial d'incitation au développement et la difficulté d'établir la fraude, étant d'ailleurs donné que la théorie de la fraude en droit fiscal grec est traditionnellement largement éclipsée par celle de la simulation qu'il serait improbable d'établir le caractère purement simulé de la transformation en AE (v. pourtant supra sur l'introduction en 2013 d'un dispositif de portée générale anti-fraude à la loi fiscale – art. 38 du nouveau Code de procédure fiscale)<sup>1443</sup>. La réforme récente du droit fiscal grec par la loi 4172/2013 a changé les choses en la matière, comme aujourd'hui la cession de toute sorte de droits sociaux a comme conséquence la taxation de plus-values en résultant pour le cédant avec le même taux de 15 pour cent, de sorte que les motifs fiscaux pour une transformation en AE suivie par une cession d'actions semblent disparaître (art. 42-43 L4172/2013). Mais la nouvelle loi ne prévoit rien expressément sur le traitement fiscal de la

---

<sup>1442</sup> La cession des actions des sociétés non cotées étaient jusque récemment pour le droit grec imposée avec un taux de 5% sur la valeur réelle des actions cédées en cas de cession à titre onéreux au nom du cédant, avec un régime particulier favorable pour les cessions entre parents et un régime plus compliqué – et plus onéreux fiscalement – si le cédant est une AE ou EPE (son obligation fiscale peut dans ce cas dépasser le pourcentage de 5%, leurs gains de la transaction étant taxés selon les dispositions générales. (v. en plus supra Partie I sur la question de la forme que le droit fiscal grec a imposé aux cessions d'actions de sociétés non cotées). Pour la cession des parts des sociétés de personnes et des EPE le droit fiscal grec prévoit une taxation avec un taux de 20 pour cent de la plus-value du cédant.

<sup>1443</sup> Comme nous avons vu ci-dessus (Partie I) l'administration fiscale grecque peut atteindre la réalité derrière la simulation visant à la fraude fiscale, mais il serait difficile de supposer une transformation purement fictive dans ce but. V. pourtant art. 7 L2598/1998, concernant les restructurations communautaires, disposant que les exonérations fiscales sont révoqués avec effet rétroactif, s'il résulte que la restructuration visait exclusivement ou principalement à l'évasion ou fraude fiscales- v. Chr. Chrysanthis, op.cit., p.456.

transformation, en laissant ainsi toujours la question au champ de la législation spéciale d'incitation au développement.

### **La transformation et le droit grec des marchés financiers**

La transformation d'une société anonyme en commandite par actions comme moyen de défense anti-OPA ne présente pas en droit grec l'intérêt potentiel que nous avons rencontré en droit français, pour les simples raisons que la commandite en actions, bien que prévue par la loi, est tombée en désuétude en Grèce depuis longtemps, que la transformation d'une AE en commandite n'est pas expressément prévue par le droit grec (v. supra sur l'inexistence en droit grec d'une disposition générale permettant la transformation de toute forme sociale en toute forme sociale), mais aussi que le droit grec ne reconnaît pas la commandite par actions comme forme juridique acceptable pour ses sociétés cotées, ce rôle étant en principe réservé aux sociétés anonymes. Il en résulte de cette dernière restriction que la transformation d'une société anonyme cotée p. ex. en EPE, opération expressément reconnue et réglementée par le droit commun grec des sociétés, ne peut pas être une défense anti-OPA, mais une modalité de sortie de la société du marché financier. Une telle modalité peut toutefois mettre en danger les intérêts des minoritaires et celui du marché, en constituant en plus un montage au sens mauvais du terme (cold delisting), visant à contourner les exigences de l'ordre public grec des marchés financiers : c'est parce que le droit grec exige impérativement pour la sortie volontaire d'une AE de la cote une décision de l'assemblée des actionnaires prise à une majorité spéciale de 95 pour cent des droits de vote (art. 17 L3371/2005), tandis que la transformation d'une AE en EPE peut se faire en droit grec avec les quorum et majorité nécessaires pour la prise des décisions de l'assemblée extraordinaire (v. supra). C'est pourquoi l'ordre public grec des marchés financiers prévoyait que la transformation –ainsi que plus généralement toute restructuration- ayant comme résultat l'attribution à des actionnaires de sociétés anonymes cotées de droits sociaux non cotées (ou des espèces, dans d'autres cas) n'était valable que sous la condition d'une offre publique préalable d'acquisition de l'ensemble des actions de la société – sauf si la décision de la restructuration avait été prise à une majorité de 95 pour cent du capital (art. 11a L3371/2005)<sup>1444</sup>. Nous voyons de la sorte que le droit grec et son ordre public des marchés financiers avaient été amenés à prendre compte de l'utilisation de la transformation comme montage au sens douteux du terme, bien que par des voies différentes que le droit français, les deux droits utilisant en tout cas le moyen commun de l'offre publique obligatoire pour faire face aux risques engendrés pour les minoritaires.

---

<sup>1444</sup> V. D. Avgitidis (en grec) « La société anonyme cotée », ouvrage précité, p. 191 suiv.

Pourtant, la disposition en cause posait des problèmes certains, car on n'était pas sûr quelle était la personne qui devait déposer l'offre publique obligatoire, la société transformée ou le majoritaire. Une réforme de 2013 a préféré, au lieu de clarifier le sens de cet article, de le supprimer, pour exiger une majorité de 95 pour cent sur l'ensemble des actions offrant droit de vote pour toute restructuration –donc aussi pour la transformation- d'une société anonyme cotée ayant comme résultat la radiation des actions de la cote (art. 17 L3371/2005 dans sa rédaction actuelle) ; ce nouveau dispositif simplifie les choses, en supprimant les motifs pour le recours au montage du cold delisting comme moyen de contournement des exigences impératives pour la décision de la société sur la radiation de ses titres de la cote.

## **CHAPITRE II: LES MONTAGES AUTOUR DE LA SOCIETE ENTREPRISE SE TROUVANT A L'ENTRECROISEMENT D'UNE PART DU DROIT DES SOCIETES ET D'AUTRE PART DU DROIT DES CONTRATS ET DES BIENS**

Dans ce second chapitre de ce Titre nous allons étudier des montages rencontrés dans les deux droits sous comparaison, lesquels, tout en étant effectués *ratione societatis*, à savoir autour de la société prise comme expression juridique de l'entreprise privée (capitaliste), utilisent principalement des techniques de provenance du droit des contrats et des biens, non des actes du droit de sociétés à caractère organisationnel, comme le font les montages que nous avons étudiés dans le dernier Chapitre. Le problème essentiel qui se pose dans cette étude est de déterminer la relation de ces montages avec le droit des sociétés et l'ordre public économique sociétair, car les montages en cause, tout en ne constituant pas des actes sociétair stricto sensu, ont des effets dans la vie des sociétés et expriment même souvent une tendance de fuite ou de contournement par rapport au champ de l'impératif sociétair. La réponse de la question de leur contrôle par l'ordre public sociétair n'est pas d'ailleurs toujours facile, exactement parce que les montages en cause se présentent comme des actes juridiques extrasociétair relevant du droit des contrats et des biens, et se pose souvent la question si cette nature les met éventuellement en dehors du champ de régulation de l'impératif sociétair, qui réglemente d'abord les sociétés comme organisations. A sens inverse, se pose souvent la question de l'impact de ces actes extrasociétair conclus *ratione societatis* sur la validité d'actes juridiques sociétair, à savoir des actes organisationnels des organes sociaux. La première section du chapitre sera consacrée aux montages rencontrés dans les deux pays sous comparaison dont la caractéristique essentielle est la participation de la société elle-même comme contractante (Section I: Les montages sociétair avec comme caractéristique essentielle la participation de la société elle-même comme contractante). La seconde section sera consacrée aux montages rencontrés dans la pratique française et celle grecque et effectués par le biais de contrats conclus *ratione societatis* entre les associés ou entre les associés et des tiers (Section II: Les montages sociétair effectués par le moyen de contrats entre associés ou entre associés et tiers).

## **Section I: Les montages sociétaires avec comme caractéristique essentielle la participation de la société elle-même comme contractante**

Il s'agit bien sûr de la sous-catégorie de montages de la catégorie que nous étudions qui présente le lien le plus étroit avec le droit des sociétés et l'ordre public sociétaire, car ces derniers contiennent aussi bien en France qu'en Grèce de nombreuses règles sur la société contractante (capacité juridique, modalités d'expression de la volonté de la société, notamment pour ce qui concerne les organes qui peuvent exprimer valablement cette volonté, limites posées par l'objet social, prohibition de certains contrats ou exigence de la réunion de certaines conditions pour la validité de certains autres). Il est ainsi évident que l'ordre public sociétaire – celui classique, de provenance du droit des sociétés – a un rôle plus direct dans l'appréciation de la licéité de montages avec la société elle-même comme contractante que dans le cadre des montages que nous allons étudier dans la section II (montages par le biais de contrats entre associés ou entre associés et tiers). Il est en plus vrai que des montages douteux ou malhonnêtes utilisant la société comme contractante ont joué un rôle important, en déclenchant l'intervention impérative du législateur, dans le développement de l'ordre public sociétaire aussi bien en France qu'en Grèce. Mais la réglementation impérative de la matière de la société contractante n'est pas bien sûr exhaustive, les sociétés bénéficiant en droit français et en droit grec du principe de la liberté contractuelle dans les limites de leur objet social. En tout cas, l'utilisation de la technique contractuelle dans le cadre des montages sociétaires avec la société comme contractante se fait essentiellement par la conclusion de contrats entre d'une part la société et d'autre part ses associés ou dirigeants ou des personnes s'identifiant économiquement à eux (v. infra Titre II sur la problématique particulière des montages effectués par le biais de liens contractuels entre sociétés mères et filiales au sein des groupes des sociétés). C'est pourquoi l'ordre public sociétaire concernant la société contractante est intervenu dans ses relations contractuelles, la matière des relations contractuelles entre sociétés et associés et dirigeants étant ainsi aussi bien en France qu'en Grèce empreinte d'ordre public sociétaire et la liberté contractuelle se trouvant restreinte dans ce domaine par le biais de prohibitions ou réglementations impératives ; mais, malgré ces restrictions, tout n'est pas réglementé dans ces relations, et la question des limites entre le licite et l'illicite surgit souvent. Naturellement notre étude passera d'abord par les montages sociétaires effectués par le biais de contrats entre la société et ses associés (Par. 1) et ensuite par ceux effectués par le

biais de rapports contractuels entre la société et ses dirigeants (Par. 2).

**Par. 1/ Les montages sociétaires effectués principalement par le moyen de la conclusion de contrats entre la société et ses associés**

Ce qui nous intéressera principalement dans le cadre de ce paragraphe est le cas des montages concernant surtout la situation patrimoniale de la société. Un premier ensemble de tels montages est caractérisé par l'effort des intéressés d'organiser par le biais de contrats entre la société et l'associé (ou des personnes essentiellement agissant pour lui) un retour de valeur patrimoniale de la société aux associés, retour non permis le plus souvent par la réglementation impérative du droit des sociétés et par conséquent contraire aux prescriptions de l'ordre public sociétaire (A). La seconde unité de ce paragraphe sera consacrée aux montages consistant au financement de la société par les associés non par le biais classique des apports que prévoit le droit des sociétés, mais par le biais de modalités alternatives, notamment de prêts et de comptes courants. Il s'agit de montages en principe licites, mais qui ne vont pas sans poser certains problèmes par rapport à l'ordre public sociétaire (B).

**A/ Les montages avec la société comme contractante tendant au retour de valeur patrimoniale aux associés**

**Généralités**

Les droits des sociétés des deux pays sous comparaison – la France et la Grèce -, ou du moins leurs droits des sociétés de capitaux sont fondés sur une conception des associés comme «créanciers de dernier rang» de la société, conception exprimée notamment par la notion et le rôle du capital social, concrétisée par des dispositifs d'ordre public visant à la protection de ce capital et à la subordination effective de la «créance» des associés sur la société qu'est le capital social face aux créances «extérieures» des créanciers sociaux (v. supra, Partie I sur ces dispositifs d'ordre public). On rencontre toutefois dans la pratique des deux pays sous comparaison des efforts des associés de contourner les prohibitions impératives du droit des sociétés visant à la protection du capital, en organisant par le biais



de contrats conclus entre eux et la société un retour de la valeur patrimoniale apportée à la société et à l'entreprise. A la limite, on peut rencontrer des cas où une société est constituée selon les prescriptions impératives de la loi pour être par la suite vidée du gage patrimonial affecté aux créanciers et affiché comme tel, par le biais de contrats entre société et associés. Ces contrats entre la société et les associés visant à transférer de la valeur patrimoniale vers ces derniers – des contrats évidemment déséquilibrés au profit des associés – sont bien sûr des montages tels que nous les avons définis, car les associés utilisent la technique contractuelle pour évacuer de sens les dispositifs d'ordre public concernant la protection du capital et les distributions permises aux associés et réaliser ce que le droit des sociétés leur prohibe de faire directement, par le biais de distributions effectuées à leur profit par la société. De tels montages peuvent aussi organiser une rupture de l'égalité entre associés ou actionnaires au profit de l'associé ou actionnaire dominant. Plus profondément, ces montages viennent vider de sens l'ensemble des dispositions impératives et de leurs connexions existant en droit français et en droit grec, qui instaurent un lien entre d'une part le pouvoir ultime reconnu aux associés selon le point de vue traditionnel dans la société (et dans une large mesure dans l'entreprise) et d'autre part le risque que les associés assument comme « créanciers de dernier rang » de la société (v. supra Partie I sur le débat sur les finalités et les limites du pouvoir au sein de la société et de l'entreprise)<sup>1445</sup>. De tels montages sont particulièrement dangereux dans le cadre du « montage structurel » qu'est le groupe de sociétés, à cause de la complexité des relations à l'intérieur de ce dernier (v. infra, dans le Titre II).

### **Les modalités principales des montages en cause**

La modalité principale des montages en cause est la conclusion de contrats à titre onéreux entre la société et l'associé – notamment bien sûr l'associé dominant- à des termes déséquilibrés au profit du second, de sorte qu'un transfert de valeur économique s'opère au profit de l'associé et au détriment de la société<sup>1446</sup>. Les contrats en cause peuvent être dans leur forme la plus simple la vente d'un bien de la société à l'associé à un prix très inférieur à sa valeur réelle ou, à sens inverse, l'achat par la société d'un bien de l'associé à un prix très supérieur à sa valeur réelle. Ces opérations peuvent être effectuées peu après la

---

1445 Sur ce lien entre risqué et pouvoir présenté comme « connexion radicale » du droit des sociétés v. la thèse précitée de S. Schiller.

1446 V. (en grec) A. Bechlivanis « La prohibition de retour du patrimoine social aux actionnaires », Episk. E.D. 1999, p. 673 (spéc. p. 690 sur le « retour dissimulé » de patrimoine), du même « Questions spéciales autour de la prohibition du retour du patrimoine de la société anonyme aux actionnaires », Chr. I. D. 2003, p. 212, N. Rokas « Les conventions de l'actionnaire dominant avec la société anonyme », Mélanges Loukopoulos, 1993, p. 15.

constitution de la société et constituer ainsi des tentatives de reprise des apports initialement effectués ou promis par les associés et formant le capital social. Une modalité pourrait en être la souscription des actions non suivie par la libération de leur valeur en numéraire, la libération allant se faire plus tard par compensation avec le prix –surévalué– du bien vendu par l'actionnaire à la société<sup>1447</sup>. Elles peuvent aussi constituer des efforts de sortir de la valeur patrimoniale d'une société fonctionnant depuis longtemps et largement endettée, les associés s'efforçant dans ce cas de minimiser autant que possible leur participation aux pertes sociales. Bien sûr, les transferts de valeur en cause peuvent très bien ne pas consister à des contrats uniques portant sur des biens particuliers, mais à des opérations continues formant des circuits d'échanges, cas dans lesquels le caractère de montage est accentué. L'octroi de crédit de la société à un associé à des termes privilégiés peut aussi être utilisé comme technique de transfert de valeur à ce dernier, notamment s'il n'y a aucune intention de remboursement. Il s'agit de techniques contractuelles relativement simples dans leur principe – sans exclure bien sûr des montages plus complexes organisant le transfert de valeur patrimoniale de la société vers ses associés –, assez répandues dans la vie des sociétés. De ces contrats conclus entre la société et un ou plusieurs associés et réalisant un transfert de valeur patrimoniale au profit du ou des associés tout en contournant les prévisions impératives du droit des sociétés, on peut rapprocher dans certains cas des contrats avec des personnes qui ne sont pas formellement des associés, mais étant conclus essentiellement dans l'intérêt de ces derniers, cas dans lesquels l'élément de montage est bien sûr accentué. Il s'agit d'abord des cas de contrats réalisant un transfert de valeur patrimoniale au détriment de la société au profit d'un parent ou proche de l'associé ou d'une société contrôlée par ce dernier, l'associé ou actionnaire demeurant le bénéficiaire essentiel du transfert patrimonial<sup>1448</sup>. Il s'agit par la suite de cas dans lesquels le transfert contractuel déséquilibré d'une valeur patrimoniale de la société vers un tiers aboutit finalement au bénéfice d'un associé ou actionnaire sur le fondement d'une autre relation contractuelle liant ces deux personnes, cas dans lesquels il y a une «chaîne de contrats» ou «relation triangulaire» toujours au détriment de la société (v. notre Introduction sur la prise en compte par la doctrine française du phénomène des chaînes de contrats comme catégorie de groupe de contrats et la relation de cette notion avec celle de montages). Il peut s'agir ainsi d'une relation de créancier (le tiers) et débiteur (l'actionnaire ou associé), avec la société jouant le rôle de la caution et allant rembourser le créancier, sans pourtant exercer son droit

---

<sup>1447</sup> V. ainsi A. Mikroulea, in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 2A, p. 458 suiv.

<sup>1448</sup> V. A. Bechlivanis «Questions spéciales ...», article précité, p. 222.

de recours contre le débiteur initial, ou octroyer au profit de l'associé une sûreté réelle sur un de ses biens ; il est à noter que les deux droits sous comparaison prévoient un bénéfice de discussion au profit de la caution, mais ce bénéfice n'est pas d'ordre public, le créancier pouvant de la sorte acquérir par le contrat de cautionnement le droit de se tourner directement contre la caution, et la question d'un droit de recours de la caution contre le débiteur initial est laissée à la relation fondamentale entre eux (v. art. 2021 suiv. C. civ., 857 suiv. AK). Bien sûr, même si la société ne paie pas finalement comme caution le créancier de son associé ou si le créancier ne se satisfait pas sur la valeur du bien de la société grevé d'une sûreté réelle, l'octroi d'un cautionnement renforce le crédit de l'associé et aggrave celui de la société, la question de la licéité du cautionnement octroyé par la société à un associé dépassant de la sorte celle du transfert patrimonial au profit de l'associé au sens strict<sup>1449</sup>. Il peut s'agir aussi d'une relation entre le contractant avec la société et l'associé ou actionnaire selon laquelle le premier est obligé de transférer la valeur patrimoniale obtenue par le biais du contrat à l'associé, le cocontractant de la société agissant dans ce cas comme homme de paille de l'associé<sup>1450</sup>. Il peut aussi s'agir de contrats déséquilibrés au détriment de la société avec des personnes qui, tout en n'étant pas formellement associés ou actionnaires, sont les propriétaires économiques réels des actions ou parts sociales, à savoir les personnes pour le compte desquelles sont exercés par le propriétaire apparent les droits qui découlent de la participation sociale (relation fiduciaire – v. infra, Section II)<sup>1451</sup>. Il peut s'agir aussi de contrats déséquilibrés entre la société et un associé ancien ou futur, dans ce dernier cas le contrat visant éventuellement à l'octroi à cette personne par la société elle-même des moyens nécessaires pour l'acquisition de ses droits sociaux<sup>1452</sup>. Ce qui est l'essentiel dans tous ces cas, ce qui leur donne le caractère de montages sociétaires tels que nous les entendons, est qu'il ne s'agit pas de transactions simplement dommageables pour la société contractante, mais aussi de transactions ayant comme but et comme effet de réaliser des distributions aux associés ou personnes assimilables aux associés de valeur de provenance de l'actif social, en échappant aux limites, conditions et prohibitions de l'impératif sociétaire français et grec pour de telles distributions surtout dans le but de la protection du capital social (v. supra Partie I sur les règles impératives des deux droits sous comparaison imposant des conditions pour ces distributions – notamment dans

---

<sup>1449</sup> V. sur le cautionnement de la société au profit de l'associé A. Bechlivanis, op. cit., p. 216-217.

<sup>1450</sup> A. Bechlivanis «Questions spéciales ..», p. 222.

<sup>1451</sup> V. A. Bechlivanis, «Questions spéciales ...», p. 220-222.

<sup>1452</sup> A. Bechlivanis, op. cit., p. 220. Selon cet auteur il s'agit d'un cas de figure à la limite entre d'une part le partage de l'actif social à des actionnaires / associés et d'autre part le partage à des tiers – non associés ou actionnaires.

les sociétés de capitaux – tant de droit «matériel» - existence d'actif distribuable- que de droit «procédural»- décision valable de la collectivité des associés après approbation des comptes sociaux)<sup>1453</sup>.

### **La réaction de l'ordre public sociétaire face aux montages en cause**

Les montages contractuels tendant au transfert dissimulé de valeur patrimoniale de la société aux associés ne peuvent pas évidemment laisser indifférent l'ordre public sociétaire, parce que par le biais de telles conventions se trouve bouleversée la hiérarchie d'intérêts que la loi a voulu organiser dans les sociétés, notamment dans celles de capitaux, en employant dans ce but des dispositifs importants d'ordre public sociétaire ; on peut même dire que pareils agissements mettent aussi en danger l'intérêt général, étant donnée l'importance pour la vie économique dans un système capitaliste des institutions juridico-économiques que sont les sociétés de capitaux et plus spécialement les sociétés par actions. On pourrait réputer que dans les deux droits sous comparaison une première ligne de défense contre ces agissements est posée par la notion d'objet social, qui limite la capacité juridique ou du moins la liberté contractuelle de la société (v. supra, Partie I), p. ex. en cas d'acquisitions auprès des associés de biens ne pouvant pas trouver un lien avec la poursuite de l'objet social ou en cas de transfert de valeur patrimoniale à titre gratuit à leur profit, y compris par le biais de cautionnements octroyés à leurs créanciers. Pourtant, la notion d'objet social est en déclin aussi bien en droit français qu'en droit grec comme limite du pouvoir de la société de contracter à l'égard des tiers de bonne foi, cette bonne foi quant à l'objet social étant présumée, chose qui peut avoir un impact négatif pour la société dans le cas des cautionnements octroyés par la société au profit de l'associé ou d'autres contrats conclus avec des tiers mais tournant essentiellement à son profit ; en plus et surtout, des contrats désavantageux pour la société entre celle-ci et un associé peuvent très bien se présenter comme rattachables à la poursuite de cet objet. Les deux droits sous comparaison – chronologiquement d'abord le droit français, ensuite celui grec – se sont en tout cas préoccupés plus particulièrement de l'acquisition à titre onéreux par les sociétés anonymes (SA / AE) de biens de leurs actionnaires à la suite de la constitution de ces sociétés ; c'est parce que sur ces acquisitions pèse le soupçon de constituer – par le moyen de la surévaluation du bien acquis – des reprises dissimulées et illicites de la valeur de

---

1453 A. Bechlivanis «Questions spéciales ...», p. 217 suiv. sur l'exigence de l'existence d'une *causa societatis* pour déterminer si une convention opère retour prohibé de patrimoine social à l'actionnaire, avec présentation et critique du critère utilisé dans ce but par la doctrine allemande, à savoir le comportement hypothétique d'un gérant normal et consciencieux dans le cadre d'une relation contractuelle avec un tiers.

l'apport effectué ou promis par l'actionnaire, apport en numéraire ou en nature évalué et porté à la connaissance des tiers par les dispositifs de publicité largement d'ordre public du droit français et du droit grec (v. supra, Partie I). Les deux droits sous comparaison imposent ainsi – malgré certaines différences – sous certaines conditions l'évaluation des biens acquis par la société anonyme auprès de ses actionnaires dans certains délais dès la constitution, évaluation effectuée par les personnes compétentes pour chacun des deux droits d'évaluer les apports en nature dans la constitution ou à l'occasion d'une augmentation du capital (personnes agissant évidemment sous leur responsabilité). Ils imposent aussi la prise de la décision concernant ces conventions d'acquisition par l'assemblée des actionnaires (L225-101 C.com., dispositif applicable aussi aux commandites par actions –art. L226-1 al. 2 C. com., mais exclu pour les SAS- art. L227-1 al. 3 C. com., et pour le droit grec art. 10 L2190/1920)<sup>1454</sup>. Le droit grec étend en plus expressément l'application de son dispositif en cause à toute acquisition par la société anonyme d'un bien d'un actionnaire ayant lieu peu après une augmentation du capital de la

---

1454 En droit français, le délai d'application impérative du dispositif est de deux ans suivant l'immatriculation de la société et la valeur du bien de l'actionnaire acquis par la société doit être au moins égale au dixième du capital social. La société doit provoquer la nomination en justice d'un commissaire qui, sous sa responsabilité, sera chargé d'apprécier la valeur du bien. L'assemblée générale ordinaire de la SA statue au vu du rapport du commissaire sur l'évaluation du bien, à peine de nullité de l'acquisition, tandis que l'actionnaire vendeur n'a voix délibérative, ni pour lui-même, ni comme mandataire. L'al. 3 de l'art. L225-101 prévoit toutefois que le dispositif impératif en cause n'est pas applicable lorsque l'acquisition se fait en bourse, ou sous le contrôle d'une autorité judiciaire ou dans le cadre d'opérations courantes de la société conclues à des conditions normales. En droit grec, le délai d'application du dispositif impératif de l'acquisition par l'AE d'un bien par un actionnaire est, comme en droit français, de deux ans après la constitution de la société et la valeur du bien doit être au moins à hauteur du dixième du capital social libéré, une différence existant sur ce point par rapport au droit français. Pourtant, à la différence du droit français, le dispositif du droit grec n'est pas applicable à tout actionnaire, mais seulement pour ce qui concerne la vente à la société de biens appartenant aux fondateurs, actionnaires détenant au moins le vingtième du capital social libéré, membres du conseil d'administration, ou personnes liées à celles appartenant à ces catégories (époux ou parents jusqu'au second degré) ou sociétés dans lesquelles les personnes ayant les qualités mentionnées ci-dessus détiennent le vingtième du capital ou sont membres de leur conseil d'administration. Le droit grec étend le dispositif de l'art. 10 L2190/1920 aux acquisitions effectuées par la société auprès d'une personne qui a acquis le bien par les personnes mentionnées ci-dessus dans les douze mois suivant la constitution de la société ou l'acquisition de son capital, dans le but évident de contrecarrer des efforts de contournement du dispositif de protection de la société. Pour le droit grec, les acquisitions tombant sous le coup de l'art. 10 sont, à la différence du droit français, en principe prohibées, mais elles sont réputées valables si elles ont été effectuées après autorisation impérativement préalable de l'assemblée générale et évaluation par la commission de l'art. 9 par. 2190/1920 (la commission chargée d'évaluer les apports en nature dans les AE). En plus, l'art. 10 prévoit les mêmes exonérations pour l'application du dispositif impératif des acquisitions de biens d'un actionnaire que l'art. L225-101 C.com. du droit français (en ajoutant les acquisitions faites par décision administrative). V. A. Mikroulea in «Droit de la société anonyme» (dir. E. Perakis), t. 2A, p. 458 suiv.

société<sup>1455</sup>. Il est à noter que pour la forme spéciale du droit grec de sociétés par actions de société maritime, la loi ne prévoit pas un dispositif de restriction des transactions entre actionnaires et société comme celui en vigueur pour la société anonyme (l'art. 15 L959/1979 prévoit que la société maritime peut contracter librement avec ses fondateurs, actionnaires, membres du conseil d'administration et employés, agissant à titre personnel ou comme représentants d'une autre personne physique ou morale, régime extrêmement et curieusement libéral pour une société de capitaux). Ce régime, en combinaison avec l'opinion semblant dominante dans la doctrine que, dans le silence de la loi, les apports en nature ne sont pas permis dans cette forme sociale, aboutissent au résultat que c'est par le biais de contrats avec comme objet les biens des actionnaires payés avec l'argent par eux apportés que la société maritime grecque acquiert les biens nécessaires pour son activité, les contrats en cause étant réputés libres<sup>1456</sup>. En tout cas, pour ce qui concerne de nouveau les sociétés anonymes, étant donné le caractère d'ordre public des dispositifs restreignant les acquisitions de bien par la société auprès des actionnaires peu après la constitution, on conclut logiquement que des acquisitions des biens des actionnaires par la société anonyme réunissant les conditions d'application de ces dispositifs sont nulles si la réglementation impérative du droit des sociétés n'est pas respectée, selon le sens de la nullité de droit commun pour chacun des deux droits sous comparaison (v. supra, Partie I)<sup>1457</sup>. Il est toutefois évident que ces dispositifs du droit français et du droit grec ne concernent qu'une partie limitée des transactions potentiellement dangereuses entre la société (toute société) et ses associés. Le droit français a ainsi été amené en 2001 à réglementer plus généralement les conventions conclues entre ses sociétés anonymes et leurs actionnaires importants (ceux possédant plus de 10% des droits de vote dans la société) et qui ne peuvent pas être qualifiées d'opérations courantes conclues à des conditions normales, en leur imposant le dispositif impératif concernant les conventions réglementées entre ces sociétés et leurs dirigeants, comme d'ailleurs il l'a fait pour les conventions d'une société anonyme avec la société contrôlant une société actionnaire de la

---

1455 Art. 10 par. 1 L 2190/1920, A. Mikroulea, op. cit., p. 470 suiv. Les conditions d'application de l'article en cas d'augmentation de capital sont les mêmes que le cas d'acquisition de biens d'un actionnaire après la constitution de la société anonyme.

<sup>1456</sup> V. A. Kiantou-Pambouki, op. cit., t. 1, p. 173-174.

1457 Le par. 5 de l'art. 10 L2190/1920 tel qu'il résulte après la réforme de 2007 prévoit expressément que les acquisitions effectuées par la société auprès des actionnaires en violation des conditions de cet article sont frappées d'une nullité absolue – mais selon ce même paragraphe la nullité ne peut être invoquée après l'écoulement de deux ans dès la fin de l'année de l'acquisition, dans le but de ménager la sécurité des transactions. V. N. Rokas, op. cit.

première (L225-38 C.com. – v. infra sur cette réglementation des conventions entre société par actions et dirigeants et dans le Titre II, sur son importance dans le cadre du « montage structurel » du groupe de sociétés) ; il ne leur a pas pourtant étendu le dispositif sur les conventions entre SA et ses dirigeants prohibées, portant aux contrats de crédit au profit des dirigeants, extension qui aurait pour résultat la prohibition de plein droit de l'octroi de garanties au profit de ces actionnaires personnes physiques (L225-43 C. com. -v. infra sur ces prohibitions)<sup>1458</sup>. Un pareil dispositif sous les mêmes conditions mais plus simple a été introduit pour les actionnaires des SAS (L227-10 C. com.) ; des auteurs français relèvent pourtant que dans les SAS la liberté laissée quant à l'aménagement des droits politiques peut engendrer des doutes pour ce qui concerne la réunion de la condition de minimum des droits de vote, si les statuts de la société ont introduit une modulation des droits de vote selon les sujets ou s'ils ont introduit un système de vote par tête et le nombre des actionnaires est inférieur à dix<sup>1459</sup>. S'il s'agit d'une SAS unipersonnelle, il n'y a pas lieu d'application du formalisme de la procédure des conventions réglementées, mais il y a danger de qualification d'abus de biens sociaux de la convention dommageable pour la société<sup>1460</sup>. D'ailleurs, comme nous avons exposé dans la Partie I, en droit français la réglementation impérative des conventions entre les SARL et leurs gérants est aussi applicable aux conventions entre société et associés, avec prévision d'un dispositif allégé sur les conventions conclues entre la SARL à associé unique et ce dernier (L223-19, L223-20 C.com.- v. infra). Il est d'autre part vrai que les dispositifs d'extension de la réglementation sur les conventions entre société et dirigeants à celles entre société et actionnaires pourrait avoir la limite évidente que les actionnaires (et notamment l'actionnaire dominant, celui qui est le plus souvent le contractant de la société) demeurent les maîtres de la situation ; ils pourraient ainsi approuver des conventions qui sont dans leur intérêt, tout en étant contraires à l'intérêt social et indirectement à l'intérêt des créanciers sociaux, dont le « gage » se trouve diminué. Le droit français prévoit expressément une prohibition de participation au vote dans l'assemblée des personnes que concerne la réglementation de leurs conventions avec la société, leurs actions étant aussi impérativement exclues du calcul du quorum et de la majorité (L225-40, al. 4) ; mais cette solution peut ne pas être suffisante si l'actionnaire en cause a un contrôle absolu de la société et une influence sur les autres actionnaires (v. infra sur la problématique des conventions entre société et

---

<sup>1458</sup> V. M. Cozian - A. Viandier - Fl. Deboissy, op. cit., nos 603 suiv. Sur la problématique de la notion de contrôle pour l'application de cet article et la prise en compte de l'action de concert v. commentaire du Code des sociétés Dalloz, p. 479.

<sup>1459</sup> V. P. Le Cannu-B. Dondero, no 1017.

<sup>1460</sup> P. Le Cannu-B. Dondero, ibid.

dirigeants). Une solution plus générale à ce problème pourrait être trouvée par le recours au dispositif de droit commun de la responsabilité civile à l'encontre des associés impliqués dans des cas de conventions désavantageuses entre eux et la société<sup>1461</sup>. On pourrait aussi considérer en droit français que la convention conclue par un dirigeant avec un associé au détriment de la société constitue un détournement de ses pouvoirs, car contraire à l'intérêt social et avec connaissance de cause du cocontractant, avec comme conséquence la nullité absolue de la convention ainsi conclue<sup>1462</sup>. La jurisprudence française utilise aussi pour prononcer la nullité des conventions réglementées déséquilibrées entre associé majoritaire et sa société le mécanisme d'abus de majorité (v. supra, Partie I)<sup>1463</sup>. Bien sûr, dans ces cas de figure serait en droit français aussi fondée la responsabilité civile, mais aussi pénale (pour abus de biens sociaux ou abus de confiance) du dirigeant impliqué, tandis que du point de vue fiscal la convention déséquilibrée serait un acte anormal de gestion (v. supra Partie I sur ces notions)<sup>1464</sup>. Si les transactions désavantageuses pour la société avec un de ses associés sont continues comme flux financiers anormaux et mettent en cause globalement son autonomie patrimoniale, on pourrait même recourir à la notion de confusion de patrimoines (v. supra, Partie I sur cette notion et sa relation conceptuelle difficile avec celle de fictivité), en caractérisant la société comme fictive et/ou en étendant à l'associé la procédure collective éventuellement ouverte à l'égard de la société<sup>1465</sup>. Des conventions entre la société et ses associés peuvent aussi être nulles – de plein droit ou par décision de justice pour les actes à titre gratuit effectués dans les six mois avant la cessation de paiements- si elles ont été effectuées dans la période suspecte précédant le jugement déclarant la société en redressement judiciaire (art. L632-1 à L632-4 C. com.), évidemment dans le cadre d'efforts des associés paniqués de sortir le plus de valeur possible de leur

---

1461 Sur l'application du droit de la responsabilité civile à l'encontre de l'associé d'une société de personnes ayant abusé de sa situation pour imposer à la société une convention désavantageuse v. M. Cozian - A. Viandier - Fl. Deboissy, no 317.

1462 Sur le détournement de pouvoir comme cause de nullité de contrats conclus au nom de la société v. M. Cozian - A. Viandier - Fl. Deboissy, no 270.

<sup>1463</sup> V. en ce sens C. cass. Ch. com. 21 janv. 1997, JCP E 1997 II, 965, note J-J Daigre, M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy, no 1080. L'arrêt concerne des conventions de groupe et d'assistance conclues entre une SARL par le biais de son gérant et son actionnaire majoritaire, sa société mère, des conventions qui n'avaient pas été normalement approuvées. L'intéressant avec cette affaire a été que c'était le nouveau gérant qui a agi en annulation des conventions en cause sur le fondement de l'abus de majorité. La prononciation de la nullité des conventions en cause pour abus de majorité a permis de pallier à la prescription triennale de l'action en responsabilité pour les conséquences préjudiciables des conventions non régulièrement approuvées, prescription commençant à courir à compter de la date de la conclusion de la convention.

1464 V. sur la responsabilité du dirigeant en cas de détournement de pouvoir M. Cozian - A. Viandier - Fl. Deboissy, no 271.

1465 V. supra, Partie I sur la confusion de patrimoines et le critère des flux financiers anormaux entre associé et société.



affaire s'effondrant.

En Grèce, à défaut pendant longtemps de disposition impérative expresse en dehors de celle de l'art. 10 L2190/1920 sur l'acquisition d'un bien par une AE auprès d'un actionnaire peu de temps après la constitution (v. supra), c'était la doctrine qui s'est focalisée sur les transactions anormales entre la société anonyme (AE) et les actionnaires, à cause de l'intérêt évident de cette forme sociale comme institution juridico-économique, la doctrine grecque s'efforçant de trouver des palliatifs à l'absence de réglementation impérative expresse ; le débat a d'ailleurs été largement inspiré par le débat sur le même sujet dans la doctrine allemande<sup>1466</sup>. Pour une partie de la doctrine grecque, les conventions déséquilibrées entre la société anonyme (AE) et ses actionnaires ou personnes assimilées à eux visant au transfert de valeur patrimoniale de la première vers les seconds sont frauduleuses, car elles visent à contourner l'art 44a L2190/1920 imposant les conditions impératives sous lesquelles seulement est possible la distribution de valeur aux actionnaires ; pour d'autres, il s'agit d'une fraude aux règles d'ordre public concernant les apports<sup>1467</sup>. Il s'agit d'une voie que le droit français n'a pas, semble-t-il, exploitée, mais qui est largement empruntée par la doctrine et la jurisprudence allemandes pour réprimer les agissements que nous étudions<sup>1468</sup>. Les conventions en cause seraient ainsi nulles comme frauduleuses à des règles impératives du droit des sociétés (art. 174 AK- v. supra Partie I sur la notion de fraude à la loi, notion objective, sans besoin d'établissement d'un motif exclusivement frauduleux, à la différence du droit français, et celle de nullité en droit grec) ; on devrait en plus réputer cette nullité absolue, car les règles impératives protégeant le capital social sont introduites dans l'intérêt des créanciers sociaux mais aussi plus généralement dans l'intérêt général impliqué dans le bon fonctionnement de cette institution juridico-économique majeure qu'est la société anonyme. Ces constructions sont aussi transposables aux EPE et IKE du droit grec, parce que dans ces formes sociales aussi il y a des dispositifs de protection du capital social (bien que affaiblis aujourd'hui par l'introduction de la possibilité de leur constitution essentiellement sans capital –v. supra, Partie I) et plus généralement de l'actif social, dispositifs qui doivent être protégés face à des tentatives de fraude par les associés. La responsabilité civile à l'égard de la société, mais aussi celle pénale (v. supra, Partie I) du dirigeant impliqué et ayant agi contre l'intérêt de la société serait aussi engagée,

---

1466 V. les articles précités de A. Bechlivanis et N. Rokas.

1467 Ainsi A. Bechlivanis «La prohibition de retour ...», article précité, p. 691 suiv. Pourtant, selon N. Rokas -art. précité, p. 20 suiv.- il ne s'agit pas dans le cas que nous étudions de distribution dissimulée de bénéfices mais de fraude – par le biais de contrats déséquilibrés entre société et actionnaire – aux dispositions impératives sur les apports.

1468 Sur le débat en Allemagne v. spécialement les articles précités de A. Bechlivanis et N. Rokas, article précité, p. 16.

comme en droit français, comme d'ailleurs on pourrait envisager la responsabilité de l'actionnaire dominant à l'égard des autres actionnaires sur le fondement de la faute civile effectuée par le moyen de la conclusion de la convention frauduleuse, notamment si l'on considère qu'une obligation de loyauté à l'égard de la société et des autres actionnaires pèse sur lui (v. supra Partie I – l'obligation de loyauté est plus affirmée dans les EPE et IKE, à cause de l'existence en elles de plus forts éléments personnels)<sup>1469</sup>. Si les transactions déséquilibrées entre la société anonyme et son actionnaire dominant ôtent toute autonomie patrimoniale à la société à risques limités, de sorte que le risque de l'exploitation de l'entreprise sociétaire se trouve essentiellement transféré aux créanciers sociaux, on pourrait considérer qu'il y a possibilité de levée de la personnalité morale de la société pour atteindre personnellement l'actionnaire dominant sur le fondement d'abus de personnalité morale (v. supra Partie I sur l'abus de la personnalité morale des sociétés à risques limités et la levée de cette personnalité, avec les similitudes et différences de cette notion par rapport à celles correspondantes du droit français – fictivité de la société ou confusion des patrimoines entre la société et l'associé). En 2007, la réforme du droit grec des AE a introduit un dispositif analogue à celui du droit français, en étendant toutefois son dispositif impératif sur les conventions entre les AE et ses dirigeants non pas aux conventions entre la société anonyme et ses actionnaires importants, mais à celles seulement entre la société anonyme et l'actionnaire la «contrôlant» au sens du droit grec sur les AE, ainsi que les personnes pouvant être assimilées à ce dernier (v. infra Titre II sur l'importance de ce dispositif pour les relations entre sociétés disposant du contrôle et celles contrôlées dans le cadre du « montage structurel » du groupe de sociétés) ; d'autre part, la loi grecque a aussi étendu à ces personnes le dispositif sur les conventions prohibées entre la société et les dirigeants, en prohibant ainsi les conventions de crédit au profit des actionnaires contrôlant la société et les personnes leur étant assimilées, à la différence du droit français, un dispositif qui pourtant connaît désormais des exceptions pour les dirigeants ou actionnaires contrôlant la société personnes morales ou physiques (art. 23a L2190/1920 – v. infra sur la réglementation des conventions avec les dirigeants)<sup>1470</sup>. Un dispositif plus allégé a été introduit pour les conventions réglementées entre l'AE unipersonnelle et son actionnaire unique, étant donné que la réforme de 2007 a permis la constitution d'AE unipersonnelles. Le dispositif du droit grec présente le désavantage par rapport au droit français que l'actionnaire contrôlant la société n'est pas expressément prohibé du vote dans l'assemblée

---

1469 Sur la responsabilité civile de l'actionnaire dominant dans le cas que nous étudions v. N. Rokas, article précité, p. 22, et ibid sur la responsabilité civile des dirigeants.

1470 V. V. Antonopoulos, manuel sur les AE et EPE, p. 407 suiv.

allant entériner des conventions entre lui et l'AE, bien qu'il nous semble que de l'obligation de loyauté pesant sur l'actionnaire dominant résulte une obligation d'abstention dans ce cas de conflit d'intérêts pour lui, point de vue qui toutefois n'est pas partagé par la doctrine dominante grecque (v. en plus infra sur le droit d'opposition des minoritaires à l'autorisation de la convention entre AE et dirigeants, avec toutefois existence du même problème qu'en droit français, à savoir que l'actionnaire dominant peut exercer une influence sur les autres actionnaires, les intérêts atteints par le transfert de valeur de la société vers le dirigeant pouvant en plus dépasser ceux de seuls actionnaires). C'est pourquoi les constructions de la doctrine grecque que nous avons présentées ci-dessus ayant recours à la notion de fraude à l'impératif sociétaire pour faire face aux contrats déséquilibrés entre AE et actionnaires maintiennent leur valeur. Pour les sociétés de personnes du droit grec, la doctrine accepte un principe plus général de liberté contractuelle dans les relations entre associés et société, à cause de la responsabilité indéfinie et même solidaire des premiers pour les dettes de la seconde, et l'absence de dispositions impératives protégeant le capital social dans ces formes sociales exclut le recours à la notion de fraude. Pourtant, des conventions désavantageuses entre la société et un associé même entrant dans le champ de l'objet social pourraient être réputées nulles pour abus de pouvoir du gérant comme contraires à l'intérêt social et conclues avec connaissance de cause (dans ce cas collusion) du cocontractant (de l'associé) et constituer aussi bien une faute de gestion pour le gérant qui l'a conclue au nom de la société qu'une violation de l'obligation de loyauté de l'associé à l'égard de la société et des ses coassociés ; mais la conception dominante grecque accepte plus généralement que toutes les conventions de la société des personnes en dépassement des pouvoirs des gérants sont valables si les associés les approuvent à l'unanimité, toujours sur le fondement de la responsabilité indéfinie des associés, une conception différente de celle dominante en France, plus empreinte de considérations institutionnelles même pour les sociétés de personnes (v. supra, Partie I)<sup>1471</sup>. Il est aussi à noter que le droit grec prévoit un dispositif d'anéantissement d'actes juridiques effectués avant la prononciation de la faillite par le tribunal au détriment des créanciers (art. 41-51 Code grec des faillites), dispositif non sans différences avec celui du droit français, qui peut trouver application aux actes juridiques dommageables pour la société effectués entre celle-ci et ses associés dans le cadre d'efforts de ces derniers de soustraire de la valeur de leur société de capitaux à la procédure collective imminente .

---

<sup>1471</sup> V. sur ces questions pour le droit grec des sociétés de personnes N. Rokas, manuel précité, p. 56-57, 81-82.

### **Un montage particulier grec de transfert de l'actif social aux actionnaires avec comme effet le contournement du dispositif impératif sur la scission**

Un montage intéressant réalisé par le biais d'un ensemble de contrats ayant comme finalité le transfert patrimonial entre une société anonyme grecque (AE) et ses actionnaires a fait son apparition en Grèce dans les années 1990 et a donné lieu à un arrêt controversé de l'Assemblée plénière d'Areios Pagos (Cour de cassation grecque). Le montage en cause, tout en effectuant transfert de valeur patrimoniale de la société vers les actionnaires, ne visait pas pourtant à contourner frauduleusement les dispositions impératives sur les distributions effectuées par la société aux actionnaires dans un but de pillage de la société par ses actionnaires, comme ceux que nous avons présentés ci-dessus, mais plus radicalement à partager entre eux l'actif et le passif de la société, en fonctionnant comme un substitut de scission. Les contestations autour de ce montage ont porté sur le sens et la portée de dispositions impératives du droit grec des sociétés anonymes pour lesquelles il y a convergence entre droit grec et droit français à la suite de l'harmonisation communautaire, mais les solutions données par la jurisprudence grecque diffèrent beaucoup des conceptions françaises et montrent combien l'harmonisation peut être relative à cause de conceptions fondamentales différentes sur les sociétés et du rôle de la jurisprudence dans chaque pays.

A la suite d'une série de troubles entre eux, les trois actionnaires d'une AE (trois frères, dont l'un possédait la moitié des actions et les autres deux partageaient inégalement l'autre moitié) s'activant dans le domaine des transports routiers ont convenu de «scinder» leur société, en attribuant aussi à leur accord le caractère d'une décision d'assemblée informelle universelle, à savoir réunie sans respect des formalités légales mais valable sur le fondement de la présence de tous les actionnaires (v. supra, Partie I sur les « assemblées universelles » en droit français et en droit grec) et en l'enregistrant comme telle au livre des procès-verbaux des assemblées. Ils n'ont pas suivi pourtant la procédure légale avec ses dispositions impératives de scission des AE (v. supra, Partie I). Ils ont par contre décidé la cession des actions des deux frères possédant la moitié des actions à l'autre, qui de la sorte allait devenir actionnaire unique, le droit grec reconnaissant à l'époque déjà sans problème la société anonyme devenue unipersonnelle durant son fonctionnement, en « contrepartie » de la cession aux actionnaires sortants d'un ensemble de biens de l'actif d'exploitation (des camions et un garage) de la société correspondant à la moitié de la valeur de cet actif, dans le but d'apport de ces biens à une nouvelle société anonyme devant être constituée par les sortants, ainsi que le partage à moitié des dettes et créances de la première société avec la seconde, celle allant être créée par les actionnaires sortants (la lettre de la convention

parlait de transmission des biens en cause à la nouvelle société et de transfert de la moitié des dettes de la première société au « groupe » de l'un des frères sortants, mais de son interprétation selon la volonté réelle des parties il résulte que les biens allaient être transmis aux actionnaires sortants, qui par la suite allaient les apporter à leur société nouvelle, à laquelle serait aussi transférée la moitié des dettes de la première société). Les parties ont prévu une clause pénale pour toute violation de leur accord ainsi que la délégation par le conseil d'administration de la société à deux des frères des pouvoirs de représentation de l'AE jusqu'au parachèvement de la « scission ». L'opération convenue a été réalisée –non sans de nombreux problèmes- et une nouvelle société anonyme entre les deux sortants a été constituée, à laquelle ont été apportés les actifs de la première société qui leur avaient été cédés, tandis que l'autre frère est resté actionnaire unique de la première société. La logique juridico-économique du montage en cause est claire : les actionnaires de la première société- objet du montage ont voulu mettre fin à leur coopération sociétairer tout en évitant les procédures légales impérativement réglementées permettant à obtenir ce but (dissolution de la société suivie de sa liquidation, réduction du capital social suivie de la sortie de certains actionnaires, scission – v. supra Partie I sur ces procédures en droit grec et leur caractère d'ordre public, notamment pour ce qui concerne la protection des créanciers sociaux). Ils ont préféré d'obtenir le résultat voulu en ayant recours à un ensemble d'actes du droit des sociétés et de conventions du droit commun, dans lesquelles place centrale avaient les conventions de la société «scindée» avec les actionnaires sortants, par le moyen desquelles il y avait cession à eux d'une partie de l'actif social, en «contrepartie» de la cession par ceux-ci de l'ensemble de leurs actions à un autre actionnaire – avec constitution ainsi d'une relation contractuelle triangulaire. Il s'agit de la sorte d'un montage comme nous les entendons, parce que les parties visaient à éviter l'application de règles de l'ordre public sociétairer concernant la fin de la coopération sociétairer par recours à une forme informelle de «scission» ; il s'agissait aussi d'un montage qui réalisait distribution de l'actif social aux actionnaires (même sortants), entrant ainsi dans la catégorie que nous étudions dans cette unité. Le montage en cause a évidemment posé des problèmes de licéité du point de vue du droit des sociétés et de son ordre public, d'autant plus que les problèmes entre les frères ont continué malgré la fin de leur coopération, et le premier d'eux (celui qui est resté actionnaire unique de la société initiale) a agi en justice à son nom mais aussi par le biais de la société en reconnaissance de la nullité des cessions d'actif de la société aux deux frères qui sont sortis ; ses arguments principaux ont été qu'il s'agissait d'une scission pour laquelle n'ont pas été observées les formalités impérativement prévues par la loi sur les AE (art. 81 suiv. L2190/1920 –v. supra),

qu'il s'agissait d'un partage de l'actif social aux actionnaires avant dissolution et liquidation de la société prohibé par la loi sur les AE, mais aussi que les actes de cession de l'actif constituaient des donations et par conséquent elles étaient nulles comme dépassant l'objet social et le pouvoir du conseil d'administration de la société. Les juges du fond grecs ont toutefois rejeté ces arguments et réputé l'opération valable<sup>1472</sup>. Ils ont pour aboutir à ce résultat considéré que la scission prévue et réglementée à la suite de l'harmonisation communautaire par la loi grecque sur les AE, appelée par eux scission « directe », emportant disparition de la société scindée (dissolution sans liquidation) et partage de son actif et passif à d'autres sociétés, existantes ou constituées ad hoc, avec attribution d'actions de ces sociétés aux actionnaires de la société scindée, n'est pas la seule forme possible de scission. Une autre forme de scission serait selon l'arrêt celle par laquelle la société « scindée » ne disparaît pas, comme celle que les trois actionnaires ont mis en place, identifiée à une « scission indirecte » ou séparation d'une branche de la société (apokhici) avec sortie d'actionnaires et création par eux d'une nouvelle société, à laquelle n'est pas applicable la réglementation de la loi sur la scission « directe » ; selon ce raisonnement, si la scission « directe » (celle de l'harmonisation communautaire et de la loi grecque sur les AE) est une opération relevant purement du droit des sociétés, la « scission indirecte » est un procédé permis sans besoin de reconnaissance et réglementation par la loi, en constituant un ensemble d'actes indépendants du droit des sociétés et du droit commun, chacun d'eux devant être jugé selon les critères propres au droit auquel il appartient (droit des sociétés ou droit commun des contrats). Pour ce qui concerne le dépassement des pouvoirs du conseil d'administration par les actes d'octroi des actifs de la société aux actionnaires sortants, les juges du fond ont estimé que ces actes constituaient bel et bien des dépassements du pouvoir de gestion courante qui appartient au conseil, mais qu'ils étaient valables, comme ils étaient autorisés par une décision unanime de l'assemblée des actionnaires (bien que l'accord des actionnaires ait contenu aussi selon l'arrêt des prévisions de droit des obligations concernant les relations interindividuelles des actionnaires, il était clair que les actionnaires l'ont voulu aussi comme ayant le caractère d'assemblée universelle avec des effets sociétaires pour ce qui concerne l'autorisation de la cession d'éléments de l'actif social aux deux actionnaires). Cet arrêt a été à la suite d'un pourvoi en cassation des demandeurs largement entériné par la première section d'Areios Pagos (Cour de cassation grecque), qui a approuvé le raisonnement des juges du fond sur la « scission indirecte » ; en plus, en rejetant les autres moyens du pourvoi, elle a

---

<sup>1472</sup> Epheteio (CA) de Thrace 484/1995 Episk. ED 1995, p. 824, avec des extraits des conclusions rédigés par le Pr. K. Pamboukis, qui a représenté comme avocat la partie gagnante.

expressément considéré que les dispositions impératives de la loi grecque sur la dissolution et liquidation des AE ne prohibent pas sans autre de distributions de l'actif social aux actionnaires avant dissolution et liquidation, même si un tel partage a lieu sans contrepartie, mais aussi que l'impératif grec sur la réduction du capital social n'était pas applicable en la matière, comme il ne s'agissait pas d'une réduction de capital ; la section a pourtant renvoyé à l'Assemblée plénière de la Haute Juridiction celui des moyens du pourvoi qui invoquait la nullité des cessions de l'actif social aux actionnaires sortants sur le fondement du dépassement de l'objet social et des pouvoirs du conseil par les actes de donation de biens de la société, la section considérant que ce motif posait la question d'intérêt plus général du pouvoir éventuel d'une assemblée informelle universelle d'autoriser des actes dépassant l'objet social<sup>1473</sup>. L'Assemblée plénière a rejeté ce dernier moyen du pourvoi et consolidé le montage contesté, en considérant que d'une part des actes de cession à titre gratuit de biens de la société aux actionnaires ne pouvaient pas être consolidés par la disposition de la loi grecque réputant valables les actes du conseil à l'égard des tiers effectués en dépassement de l'objet social, sauf si les tiers sont de mauvaise foi (art. 22 L2190/1920), parce que les actionnaires ne sont pas des tiers, mais que les actes litigieux de cession d'actifs de la société ne constituaient pas des donations de la société vers ses actionnaires sortants, car ces derniers ont assumé la moitié des dettes de la société ; l'arrêt a aussi considéré que les actes du conseil d'administration trouvaient dans l'affaire litigieuse leur fondement dans la décision unanime informelle de l'assemblée des actionnaires, en réputant que le pouvoir légal du conseil n'est pas exclusif, la volonté de la personne morale de la société pouvant s'exprimer aussi par l'ensemble de ses actionnaires<sup>1474</sup>. L'adoption de ces solutions par la jurisprudence grecque exprime une attitude de défaveur à l'égard de l'actionnaire demeurant dans la première société qui, tout en étant participé au montage en cause, s'est efforcé de le renverser une fois ce dernier réalisé, mais aussi une volonté de ne pas mettre en cause des situations déjà produites par la réalisation du montage, notamment la création d'une nouvelle société par les actionnaires sortants, et de ne pas faire les frères sortants rentrer dans une relation sociétaire qui s'était prouvée constituer une impasse ; elle s'inscrit aussi dans une logique plus générale d'un certain relâchement des exigences de

---

<sup>1473</sup> Areios Pagos (1<sup>ère</sup> Section) 1353/1997, DEE 1997, p. 1175. Selon l'art. 563 KPoID (Code de procédure civile grecque), les sections d'Areios Pagos peuvent renvoyer à l'Assemblée plénière des pourvois en cassation ou certains de leurs motifs, s'il en résulte des questions d'intérêt plus général ou pour garantir l'unité de la jurisprudence.

<sup>1474</sup> V. Areios Pagos (As. Pl.) 26/1998, EEmpD 1998, p. 553, obs. M. Papantoni, Episk.E.D. 1998, p. 694, obs. K. Pamboukis, No V.1999, p. 234, obs. Ph. Doris.

l'ordre public sociétaire dans les petites et moyennes AE, dont la société en cause<sup>1475</sup>. Cette position de la jurisprudence n'est pas allée toutefois sans attirer des critiques –justifiées, croyons-nous- contre son bien fondé, une partie importante de la doctrine ayant considéré l'arrêt en cause comme regrettable<sup>1476</sup>. Les critiques concernaient d'abord la méconnaissance par la jurisprudence en cause de la théorie moderne de la personnalité morale avec l'autonomie de cette dernière par rapport à ses membres, la personne morale ne pouvant ainsi être identifiée avec l'ensemble de ses membres (v. supra Partie I sur la société comme personne morale et l'implication de l'ordre public en la matière). L'arrêt en cause méconnaît en plus que la société n'est pas l'affaire seulement de ses associés, que d'autres intérêts sont impliqués dans sa vie et son fonctionnement selon une hiérarchie établie par la loi par des dispositions impératives, notamment pour ce qui concerne le gage des créanciers sociaux (v. supra Partie I sur la problématique de la relation entre l'entreprise, la société et l'intérêt social)<sup>1477</sup>. La critique a été aussi adressée à l'arrêt en cause qu'il a écarté tout simplement le principe de conservation du patrimoine de la société correspondant au capital social et de prohibition de distribution de l'actif social aux actionnaires durant la vie de la société sous la forme de retour des apports, principe fondamental d'ordre public du droit des AE, qui ne peut pas être écarté même à l'unanimité des actionnaires, comme il vise à protéger surtout les intérêts des créanciers sociaux<sup>1478</sup>. Problématiques ont été aussi les considérations des juges grecs sur la "scission indirecte" qui échapperait à la réglementation de la scission proprement dite par la loi sur les AE, car les juges n'ont pas procédé à une évaluation des effets de la "scission indirecte" sous l'angle des finalités de la réglementation impérative de la loi concernant la scission au sens strict et notamment la protection des créanciers sociaux. Ainsi, dans l'affaire en cause l'ensemble contractuel mis en place et notamment l'accord des parties de partage des dettes de la société entre celle-ci et la société qui allait être créée par les actionnaires sortants n'avait pas d'effets erga omnes, à la différence de l'opération sociétaire de scission, la société initiale n'étant pas dissoute et restant tenue pour l'ensemble de ses dettes à l'égard de ses créanciers. Il aboutissait toutefois à une détérioration de la protection des créanciers sociaux, car ces derniers perdaient une partie de leur gage (l'actif de la société

---

1475 Sur cette tendance v. N. Rokas, manuel précité, p. 177 suiv. Sur le comportement de l'actionnaire ayant demeuré à la société et qui agissait comme demandeur, à coté de sa société, dans l'action de reconnaissance de la nullité des cessions des biens à ses frères v. Ph. Doris, observations précitées, p. 240, suggérant que son action pourrait être rejeté sur le fondement de l'abus de droit (281 AK) à cause de son comportement contradictoire.

1476 V. notamment N. Rokas, El. D/ni 2006, p. 322 suiv., mais aussi Ph. Doris et M. Papantoni dans leurs observations précitées.

<sup>1477</sup> Ainsi notamment Ph. Doris, observations précitées.

<sup>1478</sup> V. ainsi N. Rokas, manuel précité, p. 203, 205, 472-473.



débitrice cédé à ses actionnaires sortants), malgré la promesse contractuelle des sortants à l'égard de l'actionnaire restant que leur société allant être créée assumerait la moitié des dettes de la société initiale. La convention selon laquelle les actionnaires sortants et la société qu'ils allaient créer assumeraient la moitié des dettes de la société initiale ne constitue pas pour le droit grec une cession de dette (471 AK), car les créanciers sociaux n'y ont pas participé<sup>1479</sup>. Il s'agit de stipulation pour autrui en principe « imparfaite » (411, 478 AK), les tiers bénéficiaires de la promesse étant les créanciers sociaux, avec une présomption simple existant contre la naissance d'un droit direct du tiers de demander au promettant l'exécution de sa promesse, autrement dit, comme les juges du fond ont accepté, d'une convention seulement avec des effets relatifs entre contractants<sup>1480</sup>. En plus, même si l'on acceptait un droit direct des créanciers sociaux contre la nouvelle société ou les actionnaires sortants pour la moitié des dettes de la société initiale, il demeurerait que les parties ont voulu exclure toute sorte de solidarité des deux sociétés pour les dettes de la première d'elles<sup>1481</sup>. Le montage, vu comme « scission indirecte » fondée sur l'autonomie privée, serait aussi problématique du point de vue du droit des sociétés pour ce qui concerne la nouvelle société (comment la société allant être créée avec apport de l'actif cédé assumerait-elle sans contrepartie valablement par décision de ses organes des obligations d'une autre société à laquelle seulement avaient participé ses actionnaires ?). Le défaut de garanties pour les créanciers sociaux est évident, notamment si l'on compare le montage en cause avec le régime légal de scission des AE en droit grec (art. 81 suiv.

---

<sup>1479</sup> Selon l'art. 471 AK l'acceptation par une personne de la dette d'un tiers (anadokhi chreous –acceptation de dette libératoire pour le débiteur), au sens de la libération du débiteur initial et de la substitution comme débiteur de l'acceptant, nécessite une convention de l'acceptant avec le créancier. Selon l'art. 477 AK sur l'acceptation cumulative de la dette d'autrui, si quelqu'un promet par convention au créancier d'une obligation le paiement de l'obligation du débiteur, cette convention ne produit pas libération du débiteur mais elle engendre seulement une obligation supplémentaire du promettant, sauf si le contraire résulte clairement de la convention.

<sup>1480</sup> V. sur les effets relatifs de la convention de transfert de dettes l'arrêt précité 484/1995 de l'Epheteio de Thrace et sur sa qualification juridique M. Papantoni, observations précitées. Selon l'art. 478 AK, si un tiers à l'obligation initiale a promis au débiteur le paiement de sa dette au créancier, en cas de doute le créancier n'acquiert pas de cette convention un droit contre le tiers. Il s'agit essentiellement de la stipulation pour autrui imparfaite de l'art. 411 AK, selon laquelle le tiers au profit duquel la stipulation est effectuée n'a pas un droit direct contre le promettant, l'existence d'un tel droit direct du tiers (stipulation pour autrui parfaite) nécessitant une volonté des parties dans la convention pour la reconnaissance au tiers d'un droit direct ou trouver fondement dans la finalité et la nature de la convention. Mais l'on doit tenir aussi compte que dans notre cas il s'agissait pour ce qui concerne le partage des dettes d'une convention entre actionnaires à laquelle la société n'était pas partie et que la volonté des parties était le transfert de la moitié des dettes à la nouvelle société qui allait être créée, non aux actionnaires sortants personnellement. De la sorte, à cette convention visant au partage de dettes, ne participaient en fait ni les créanciers, ni le débiteur (la société initiale), ni la nouvelle société qui allait accepter la moitié des dettes, le sens de la convention étant que les actionnaires sortants allaient faire à la société qui allaient constituer accepter la moitié des dettes de la première société en « contrepartie » du transfert de la moitié de son actif à eux.

<sup>1481</sup> V. ainsi les observations précitées de M. Papantoni.

L2190/1920 –formalisme, publicités, évaluations par des organes offrant des garanties d'impartialité, autorisation administrative après contrôle de légalité de l'opérations, droit d'opposition des créanciers sociaux sous contrôle judiciaire, responsabilité solidaire des sociétés résultant de la scission pour les dettes de chacune d'elles de provenance de la société scindée, si le créancier de l'une d'elles n'a pu obtenir paiement). On pourrait ainsi réputer ce montage comme exactement une fraude à l'impératif légal de la scission, malgré la survie de la société « scindée », parce que les actionnaires ont recherché le partage de l'actif social entre deux sociétés chacune avec des actionnaires différents, autrement dit les avantages de la scission, tout en évitant les restrictions de droit impératif de cette dernière<sup>1482</sup>. Par contre, il ne s'agissait pas d'un apport partiel d'actif ou de branche d'activité –en grec aposkhici-, comme l'ont qualifié les juges du fond cumulativement à la qualification de « scission indirecte », opération non expressément prévue par le droit grec, pouvant être effectuée seulement comme apport d'une branche d'entreprise à une société nouvelle ou déjà existante, avec application pour fonder l'engagement de la responsabilité solidaire de la société bénéficiaire pour les dettes de la société apporteuse de l'art. 479 AK –v. supra- sur la responsabilité solidaire du cessionnaire pour les dettes du cédant nées dans l'activité de l'entreprise cédée ; c'est parce que dans le cas de l'apport partiel, les actions acquises en « contrepartie » de l'apport appartiendraient à la société ayant effectué l'apport, non à ses actionnaires<sup>1483</sup>. De la sorte, le montage mis en place par les actionnaires était problématique aussi bien dans son ensemble, car il constituait une fraude à la réglementation impérative sur les scissions, que pour ce qui concerne sa pièce centrale, la cession de la moitié de l'actif social à deux des actionnaires, qui était contraire à la prohibition de la distribution de l'actif social aux actionnaires avant dissolution et liquidation. La sanction en devrait être logiquement la nullité du droit commun grec de la cession de l'actif social aux actionnaires sortants, nullité selon la finalité de la loi aussi bien de l'acte créateur d'obligation que de l'acte de transfert des biens exécutant le premier (v. supra, Partie I, sur le régime de nullité du droit commun grec et la distinction entre acte créateur d'obligation et acte effectuant le transfert du droit). Cette nullité emporterait aussi la nullité de l'apport de ces biens à la nouvelle société, parce que les apporteurs n'en avaient pas la propriété, la possibilité d'une acquisition a non domino des biens meubles apportés –les

---

<sup>1482</sup> Sur l'opération en cause comme scission pour laquelle n'ont pas été observées les prescriptions des dispositions impératives sur les scissions de la loi 2190/1920 v. M. Papantoni, observations précitées, p. 560.

<sup>1483</sup> V. N. Rokas, manuel précité, p. 472-473, avec les difficultés sur l'organe compétent, l'application du dispositif du droit d'incitation au développement favorable aux restructuration, malgré la non reconnaissance de l'opération par le droit des sociétés, et l'étendue de la responsabilité pour les dettes. Dans la jurisprudence v. Areios Pagos 736/2002, EEmpD 2003, p. 531.

camions- par la société étant en plus logiquement exclue (la société en cause était exactement voulue comme société des frères sortants qui ont effectué les apports défectueux, sans implication d'une autre personne, et la bonne foi de la société quant à la propriété des apporteurs devrait être exclue), la société des deux frères sortants restant ainsi essentiellement sans apport ; la conséquence de la nullité des apports serait, croyons-nous, aujourd'hui la possibilité de la dissolution de l'AE par décision judiciaire selon l'art. 48 L2190/1920, à la demande de tout intéressé – y compris l'administration grecque-, pour non libération de son capital annoncé dans les statuts (à l'époque du litige la sanction serait la révocation par l'administration de l'autorisation de constitution pour cette même raison – v. supra, Partie I, sur ce dispositif de sanction et sa suppression par la réforme de 2007). La nullité du transfert de la moitié de l'actif social aux deux actionnaires devrait emporter aussi la nullité de la cession des actions des sortants à l'actionnaire demeurant dans la société, à cause du caractère interdépendant de ces actes, l'un constituant le fondement juridique (*dikaiopraktiko themelio*) de l'autre (v. supra, Partie I, sur cette théorie et son rôle en droit grec)<sup>1484</sup>. Alternativement, si l'on juge ces solutions trop sévères par rapport à la finalité de la loi de protection des créanciers sociaux, on pourrait réputer valables les opérations en cause, mais accepter la responsabilité solidaire de la nouvelle société constituée par les deux frères sortants à l'égard des créanciers sociaux de la première société dont les créances étaient nées avant « scission » et pour l'ensemble de ces créances, avec application du dispositif légal sur la solidarité des sociétés résultant de la scission des AE que les parties ont voulu frauder (bien que la société « scindée » n'ait pas été dissoute, l'application de la solidarité protège les créanciers sociaux et déjoue la fraude). En tout cas, en droit français un pareil montage ne semblerait pas valable : le droit français prévoit une procédure réglementée des conventions entre les actionnaires importants et la société (v. supra), mais ce dispositif ne semble pas permettre l'approbation d'actes juridiques effectuant des distributions de l'actif social aux actionnaires avec comme « contrepartie » des promesses des sortants ayant effet relatif de responsabilité pour les dettes sociales ; c'est parce que de telles distributions seraient ouvertement contraires à la nature du capital social comme « créance de dernier rang » sur la société mais aussi à la nature de l'actif social comme gage des créanciers (assumer une obligation à l'égard de la société pour une partie de ses dettes ne suffit pas pour changer de rang au capital social comme « créance de dernier rang » sur la société et permettre le partage de l'actif social aux actionnaires, car cette nature du capital est garantie par des dispositifs d'ordre public au profit des créanciers

---

<sup>1484</sup> V. Ap. Georgiadis "Droit spécial des obligations", t. 1, p. 23 suiv., sur la possibilité de la nullité de toutes les conventions liées comme conséquence de la nullité de l'une d'elles sur le fondement de la théorie du fondement de l'acte juridique.

sociaux, la liberté de la société de gérer son actif, bien que ce dernier soit le gage des créanciers, ne signifie pas une faculté de le distribuer librement à ses actionnaires). Plus profondément, on pourrait aussi invoquer pour censurer de telles distributions effectuées à l'unanimité des actionnaires le fondement d'une conception plus institutionnelle des sociétés influente en France, avec cette conception voyant l'intérêt social comme distinct de celui des associés et identifié à celui de l'entreprise et excluant une identification de la société comme personne morale avec l'ensemble des associés. On pourrait aussi invoquer la théorie de la fraude à la loi, plus particulièrement aux dispositions sur la scission (v. supra Partie I sur la conception subjective de la fraude à la loi prévalant en France), en considérant que le motif exclusif des parties dans le choix de ce procédé était d'éluider artificiellement les dispositions impératives sur la scission et d'obtenir les avantages de cette dernière tout en échappant à ses contraintes. Les actes de transfert de l'actif social aux actionnaires ne seraient pas par conséquent valables, comme contraires à l'impératif du droit des sociétés, les apports de cet actif par les deux frères à la nouvelle société seraient fictifs, comme effectués par les biens dont la propriété n'appartenaient pas aux apporteurs, le caractère de la société comme société des deux frères sortants devant exclure la bonne foi de la société pour ce qui concerne leur propriété sur les biens meubles apportés et par conséquent l'acquisition par cette dernière de la propriété des apports a non domino selon l'art. 2276 C. civ., la nouvelle société serait selon l'opinion dominante elle-même nulle parce que constituée sans apports valables ; la cession des actions de la première société appartenant aux deux frères à l'autre serait elle-même nulle comme conséquence des nullités présentées ci-dessus, sur le fondement de la cause commune de l'opération prise comme ensemble<sup>1485</sup>.

## **B/ Les montages réalisant des modalités alternatives de financement de la société par les associés**

### **Présentation des montages en cause.**

Normalement, selon la logique du droit des sociétés, les associés fournissent les

---

<sup>1485</sup> Sur les questions de la fictivité de principe de l'apport à la société d'un bien dont la propriété n'appartient pas à l'apporteur, la possibilité d'acquisition par la société d'un bien meuble corporel a non domino, si la société est de bonne foi (art. 2276 C. civ.), avec comme conséquence la consolidation de l'apport et l'exclusion de sa fictivité, la nullité de la société si tous les apports sont fictifs, un point pourtant contesté par une partie de la doctrine sur le fondement de la première directive communautaire, v. G. Goffaux-Callebaut « Apport », in Rép. sociétés Dalloz. Sur la cause commune subjective d'un ensemble contractuel comme fondement de la nullité de tous les actes de l'ensemble à la suite de la nullité de l'un d'eux, v. supra notre Introduction, avec la présentation des thèses de MM. Teyssié, Dom et Porraccia sur les ensembles contractuels et les montages.

ressources nécessaires pour le financement de l'entreprise sociétaire par le biais de leurs apports et plus particulièrement par des apports en argent et en nature, destinés à former le capital social. Comme nous avons vu dans la Partie I de notre étude, des corps importants de règles impératives – d'ordre public sociétaire – réglementent en droit français et en droit grec la matière des apports, de la formation et de la protection du capital social, dispositifs sur lesquels l'influence du droit communautaire a eu un effet de rapprochement. Nous avons aussi vu dans la Partie I les critiques adressées à l'égard de la notion de capital social et de l'impératif la protégeant, et le recul de cet impératif, notamment par la reconnaissance de formes sociales à capital zéro. On pourrait dire que les montages que nous allons étudier dans cette unité – ceux réalisant des modalités alternatives de financement de la société par les associés – jouent eux aussi un rôle dans cette évolution vers le déclin du capital social. Le moyen principal alternatif au financement de la société par les apports consiste au financement de la société par le biais de prêts de ses associés. D'ailleurs, si traditionnellement la conception dominante dans la théorie financière considérait que le financement « optimal » pour chaque société consistait à un mélange individualisé entre capital et emprunt, les dernières décennies ont gagné du terrain une opinion différente et plus agressive, soutenant essentiellement que la distinction entre capital et emprunt comme moyen de financement des entreprises est pratiquement indifférente<sup>1486</sup>; position controversée et pour certains dangereuse, cette dernière tendance a néanmoins favorisé les montages de financement alternatif de la société par ses associés. Le financement de la société par ses associés par le moyen de prêts sert d'ailleurs les intérêts de ces derniers sur certains points importants : les associés échappent ainsi au lourd formalisme impératif concernant les apports à la société, notamment durant le fonctionnement de cette dernière, sous la forme d'augmentation du capital (v. supra Partie I sur les dispositifs impératifs du droit français et du droit grec en matière d'augmentation du capital dans les sociétés de capitaux)<sup>1487</sup>. Plus radicalement, les associés veulent diminuer leur risque dans l'entreprise sociétaire par le biais du recours aux prêts pour financer leur société, en échappant ainsi largement au dispositif d'ordre public imposant la subordination aux créances des créanciers « extérieurs » de la « créance » des associés sur la société résultant de leur apport (v. supra Partie I) ; le prêt à intérêt donne ainsi droit à l'associé à un intérêt même quand la société n'a pas de bénéfices et les prêts des associés sont remboursables au

---

1486 Sur cette problématique financière de la relation capitaux propres-emprunts v. Th. Massart « Société-Contrat de société », Répertoire Dalloz, no 33, G. Sotiropoulos (en grec) in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 1, p. 376 suiv.

1487 Ainsi X. Delpech « Compte courant d'associé » in Ph. Rainbourg, M. Boizard (dir.) « Ingénierie financière, fiscale et juridique », Dalloz 2009, p. 523 suiv., notamment no 27-08.

terme convenu, comme tout autre prêt, sans attendre la dissolution de la société et le remboursement des créances extérieures, comme c'est le cas normalement avec les apports. Les apports peuvent ainsi se limiter au minimum imposé par la loi pour une constitution normale de la société, l'essentiel du financement procuré par les associés à leur société se présentant sous la forme de prêts (les apports servent dans ce cas essentiellement au partage des droits sociaux entre associés). Toutefois, malgré les espoirs des associés, l'assimilation des associés aux prêteurs de droit commun ne va pas sans difficultés (v. infra). Le recours au prêt d'un associé au lieu de l'apport peut servir aussi une autre finalité, à savoir empêcher cet associé de dominer le capital de la société et de permettre à un autre associé de maintenir la majorité et le contrôle de la société ; dans ce cas, les parties conviennent d'utiliser la technique du prêt à la société pour mettre en place une dissociation entre la participation au financement et le contrôle, l'associé qui offre davantage de financement si l'on ajoute son apport et son prêt à la société restant minoritaire dans le capital et ne pouvant pas acquérir le contrôle de la société. Ce montage peut être utile dans le cadre de sociétés unissant des personnes faisant apport essentiellement en capacités personnelles et savoir-faire, auxquelles doit être réservé le contrôle de la société, et des personnes faisant des apports de financement<sup>1488</sup>. Le recours au financement de la société par le biais de prêts de ses associés présente aussi des avantages fiscaux pour l'entreprise sociétaire, car les intérêts payés aux associés sont réputées des dépenses, avec réduction correspondante du bénéfice imposable de la société<sup>1489</sup>. Nous constatons de la sorte que le recours aux prêts des associés comme moyen de financement de la société vise largement à exclure l'application de blocs de règles de l'ordre public économique sociétaire, dans son volet du droit des sociétés et dans son volet du droit fiscal, et de la sorte il correspond à la définition que nous avons donné pour les montages sociétaires – d'autant plus que des techniques assez sophistiquées sont souvent utilisées dans ce but par les associés (v. en plus infra Titre II sur la particularité des prêts entre sociétés mères et filiales).

Les montages en cause sont étudiés en France notamment sous l'angle de leur modalité particulière de financement de la société par ses associés par le biais de l'utilisation de la technique dite de compte courant, bien qu'en fait il ne s'agisse pas de

---

<sup>1488</sup> V. pour un exemple imaginaire d'un tel montage M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy, no 317.

<sup>1489</sup> Sur l'aspect fiscal du montage en cause en droit français et sous l'angle de sa forme particulière de compte courant v. M. Cozian -A. Viandier- Fl. Deboissy no 243, X. Delpech, op. cit. no 27.41 suiv.

véritables comptes courants mais de simples prêts<sup>1490</sup>. Les associés consentent ainsi dans le cadre de ce compte à leur société des avances et prêts, par le biais de versements de fonds ou en laissant à la disposition de la société leurs dividendes ou une partie de leurs rémunérations, s'ils sont en même temps dirigeants<sup>1491</sup>. Le compte courant entre associé et société peut être utilisé soit comme moyen de financement de la société par l'associé à court terme, soit comme moyen de financement permanent de l'entreprise, assorti dans ces cas de clauses de blocage (v. infra), cas dans lequel on peut proprement parler d'un rôle du prêt comme concurrent à celui des apports<sup>1492</sup>. Le compte courant entre l'associé et la société présente la particularité importante qu'il ne doit jamais être débiteur du côté de l'associé, sous peine d'abus de biens sociaux ou abus de confiance dans les sociétés de capitaux<sup>1493</sup>. Les parties peuvent convenir que le solde du compte sera rémunéré avec un taux d'intérêt, cette convention devant toutefois être matérialisée par un écrit pour être valable<sup>1494</sup>. A défaut de stipulation contraire des parties, l'associé a en principe le droit de retirer à tout moment une partie ou l'ensemble du solde créditeur de son compte (v. pourtant infra sur les doutes qui peuvent exister dans certains cas)<sup>1495</sup>. Mais le compte courant d'associé fait en France souvent l'objet de clauses particulières convenues entre la société et l'associé, des clauses visant le plus souvent à tenir compte du caractère spécifique de la relation dans laquelle une même personne cumule les qualités de l'associé et du prêteur. Ces clauses renforcent bien sur le caractère de montage du compte courant d'associé. Elles peuvent d'ailleurs être stipulées dans la convention du compte courant, mais elles peuvent

---

1490 M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy, no 310, P. Didier, t. 2, p. 104-105, Ph. Merle, no 29, X. Delpech, étude précitée, J.-P. Garson « Comptes courants d'associés », in J.-Cl. Sociétés, fasc. 36-20, I. Urbain-Parléani « Les comptes courants d'associés », LGDJ 1986. Sur le compte courant au sens propre du terme v. Th. Bonneau « Droit bancaire », Montchrestien 2007, 7<sup>e</sup> édition, nos 330 suiv., not. no 330 avec la définition de la notion, d'où il résulte que la réciprocité de créances et de dettes entre les parties, créances et dettes allant être fusionnées dans un compte unique, est un élément essentiel de cette notion. On pourrait pourtant imaginer des cas de fonctionnement entre société et associé d'un compte courant au sens classique, en cas d'existence entre eux aussi de relations extrasociétaires.

<sup>1491</sup> Ph. Merle, no 29.

1492 X. Delpech, op. cit., no 27-08.

1493 Ainsi expressément L223-21 al. 1, L225-91 C.com. pour l'associé dirigeant, sous peine de nullité de l'opération et d'engagement de la responsabilité pénale du dirigeant pour abus de biens sociaux V. aussi M. Cozian -A. Viandier-Fl. Deboissy, no 312, F. Terré (dir.) « Le dirigeant de société: risques et responsabilités », J.-Cl sociétés 2002, nos 017-013, X. Delpech, op. cit., no 27-14, l'octroi d'un crédit par la société à l'associé par le biais du compte courant devant être réputée pour le droit français une opération prohibée de crédit.

1494 Ainsi les art. 1907 al. 2 C.civ., L 313-2 C.com.- v. aussi X. Delpech, op. cit., no 27.

<sup>1495</sup> Sur ce principe v. C. cass. Ch. com. 15 juillet 1982, Rev. sociétés 1983, p. 75, note J.-P. Sortais. Comp. avec la distinction dans le cadre du compte courant au sens propre entre non exigibilité du solde du compte avant clôture de celui-ci et disponibilité du solde provisoire de ce compte Th. Bonneau op. cit., no 339.

aussi être adoptées par le moyen de techniques du droit des sociétés stricto sensu - à savoir dans les statuts ou par décision de l'assemblée des actionnaires prise à la majorité<sup>1496</sup>. La première grande catégorie de ces clauses sont les clauses de blocage ou de différé du remboursement (différé partiel ou total), avec prévision d'un délai de préavis pour le remboursement, ou remboursement dépendant d'un terme, certain ou incertain, ou soumission de remboursement au retour de la société en meilleure fortune<sup>1497</sup>. La seconde catégorie des clauses que nous présentons englobe les clauses dites de rétrocession, par le biais desquelles l'associé cède sa place quant à son droit de remboursement de sa créance sur l'actif social, soit à un autre créancier chirographaire, soit à l'ensemble même des autres créanciers chirographaires. Le créancier-associé devient dans ce dernier cas créancier sous-chirographaire de la société, sa créance résultant de son compte courant avec la société étant pratiquement assimilée à des fonds propres<sup>1498</sup>. Les clauses présentées ci-dessus expriment la réalité que l'associé n'est pas un prêteur ordinaire de la société et elles sont le plus souvent imposées par les banques comme condition pour l'octroi de crédit à la société, le rapport des forces entre banques et sociétés venant de la sorte limiter les efforts des associés d'échapper aux restrictions imposées à eux par le financement de la société par le moyen classique des apports. La technique de compte courant d'associé est d'ailleurs utilisée en France comme instrument dans le cadre de montages triangulaires liant la société, un associé et la banque ; dans le cadre de ces montages, le crédit bancaire n'est pas octroyé à la société qui, tout en étant son destinataire économique finale, est peu capitalisée, mais à un associé, réputé plus solvable, une garantie sur le patrimoine de ce dernier étant offerte à la banque. L'associé met par la suite les fonds procurés par la banque à la disposition de la société sous la forme de compte courant. La société rembourse le crédit en capital et en intérêts non à l'associé mais à la banque, en servant ainsi la dette de l'associé à l'égard de la banque et en diminuant en même temps le solde créditeur du compte courant de l'associé<sup>1499</sup>. Plus généralement, le solde créditeur du compte courant d'associé peut être cédé selon la condition de la cession de créance du droit commun (1690 C.civ.), une cession allant de pair avec ou indépendante de la cession des droits sociaux de

---

1496 X. Delpech, op. cit., no 27.31.

1497 X. Delpech, op. cit., no 27.32.

1498 X. Delpech op. cit. no 27.33. Pourtant, selon cet auteur l'engagement pris par l'associé prêteur au profit de l'ensemble des créanciers de la société est juridiquement fragile, car «assimilable à une stipulation pour autrui, il peut être révoqué par le promettant (l'associé-prêteur), tant qu'il n'a pas, tacitement ou expressément, été accepté par le ou les bénéficiaires (les créanciers sociaux) ».

1499 V. X. Delpech, op. cit., no 27-34. La doctrine analyse traditionnellement cette opération comme une application de la délégation imparfaite de l'art. 1275 C.civ. V. toutefois C.cass.. Ch.civ. 12 juillet 2005, D 2005, AJ 2276, obs. X. Delpech, faisant l'économie du recours à la délégation imparfaite.



l'associé-créancier, étant toutefois précisé que la cession des droits sociaux de ce dernier n'emporte pas cession ipso facto du solde créateur de son compte courant<sup>1500</sup>. Comme nous avons vu ci-dessus, à défaut d'une convention de différé le remboursement du compte courant peut être effectué à tout moment (v. infra sur les difficultés) – avec toujours possibilité de compensation du solde créateur exigible pour l'associé avec la valeur des apports en numéraire dans le cadre d'une augmentation de capital en numéraire réservée à l'associé titulaire du compte<sup>1501</sup>. Si l'affaire sociale va mal et il y a besoin de reconstitution des capitaux propres, on choisit souvent soit d'incorporer le solde positif du compte courant d'associé dans le capital social par utilisation de la technique présentée ci-dessus d'augmentation du capital et compensation, soit tout simplement de diminuer le passif de la société en l'abandonnant<sup>1502</sup>. En Grèce, la technique du compte courant d'associé n'a pas attiré beaucoup l'attention de la doctrine – pourtant, la technique du compte courant est bien sûr plus généralement connue en droit grec, en plus comme technique de service d'un prêt ou d'une ouverture de crédit, et on peut imaginer sur le fondement du principe de la liberté contractuelle son utilisation dans le cadre des relations entre société et associés<sup>1503</sup>. Pourtant, comme en droit français, le compte courant ne devrait en aucun cas devenir un moyen de financement de l'actionnaire ou associé d'une société de capitaux par la

---

1500 Ainsi p. ex. CA Paris 2 juin 1992, Bul. Joly 1992, p. 242, note A, Couret. V. plus généralement sur la cession du compte courant d'associé J.-P. Garçon, op. cit., no 54, X. Delpech, op. cit., no 27-35, I. Urbain-Parléani, op. cit., no 450 suiv. Le prix de la cession du compte courant de l'associé peut être valablement symbolique si le cessionnaire assume à l'égard du cédant d'autres obligations en contrepartie de la cession, p. ex. reprise d'un cautionnement, règlement du passif, contribution au passif social. V. p. ex. C.cass. Ch.com. 30 nov. 2004, Bul. Joly 2005, p. 631 note F.-X. Lucas. Sur la possibilité de nantissement du solde créateur du compte courant d'associé selon le droit commun v. X. Delpech, op. cit., no 27-34.

1501 Sur la compensation entre fraction de la valeur de l'action non libérée et solde du compte courant quand la société est in bonis, mais non après l'ouverture d'une procédure collective contre la société, à défaut de connexité, v. M. Cozian -A. Viandier-Fl. Deboissy, no 312, et sur l'utilisation de cette technique dans le cadre d'augmentations du capital v. X. Delpech, op. cit., no 27-23, I. Urbain-Parléani, op. cit., no 648.

<sup>1502</sup> V. M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy, nos 315, 1030.

1503 Sur le compte courant (trechon logariasmos) en droit grec et la possibilité de son utilisation dans le cadre d'un prêt ou d'une ouverture de crédit v. (en grec) v. Sp. Psychomanis «Droit bancaire-droit des contrats bancaires», éd. Sakkoula 2001, 5<sup>e</sup> édition, p. 59 suiv., 188 suiv. On doit pourtant distinguer en droit grec du compte courant simple le compte courant réciproque (allillóchreos logariasmos –art. 112 de la Loi introductive de l'AK), dont élément conceptuel essentiel est la possibilité de mouvements réciproques entre les parties, et de la sorte c'est ce dernier compte qui est l'analogue en droit grec du compte courant classique du droit français. Sur ce compte courant réciproque Ap. Georgiadis «Droit spécial des obligations», t. 1, p. 585, Sp. Psychomanis, op. cit., p. 59, 172 suiv., insistant sur la différence entre les deux catégories de comptes notamment pour ce qui concerne la capitalisation des intérêts.

société<sup>1504</sup>. En dehors de cette question particulière du compte courant, la doctrine grecque relève que le financement d'une société par le biais de prêts de ses associés est souvent rencontrée dans la pratique grecque, notamment dans le cadre des petites et moyennes entreprises, les statuts de la société pouvant prévoir l'obligation des associés d'offrir sous certaines conditions des prêts à leur société (dans le cadre des AE, il s'agira toutefois de contenu extrastatutaire des statuts, n'entrant pas dans le rapport juridique d'actionnaire, selon le principe d'ordre public de limitation des obligations des actionnaires à la libération de leurs apports –v. supra -avec comme conséquence entre autres que les créances résultant du rapport de prêt ne sont pas transférés ipso facto en cas de cession des actions du créancier-actionnaire)<sup>1505</sup>. La doctrine grecque relève aussi toutefois que le financement de la société principalement par le biais de prêts de ses associés (et notamment d'une AE par ses actionnaires) ne correspond pas au financement typique prévue par le droit des sociétés et peut être d'une nature douteuse, consistant en effet à une version de sous-capitalisation de la société<sup>1506</sup>.

### **Les montages de financement alternatif de la société par ses associés et l'ordre public économique sociétaire**

Le financement de la société par ses associés par la voie de prêts doit être vu dans son principe comme relevant du domaine du droit du contrat et de la liberté contractuelle aussi bien en droit français qu'en droit grec, les parties devant ainsi en principe être reconnues libres de façonner comme elles veulent le contenu de leur relation<sup>1507</sup>. Cela ne

---

1504 Le financement de l'actionnaire ou associé par l'AE ou l'EPE par le moyen d'un compte courant débiteur pour l'associé ou actionnaire devrait être considéré normalement comme se trouvant en dehors de l'objet social et pouvant engager la responsabilité civile ou même pénale du dirigeant impliqué, si les éléments d'apistia (v. supra Partie I) sont réunis. V. d'ailleurs l'art 23a par. 1 L2190/1920 sur la prohibition expresse de principe de l'octroi par la société anonyme de prêts et plus généralement du crédit à ses dirigeants (y compris bien sûr les dirigeants actionnaires) et les actionnaires contrôlant la société.

1505 V. N. Rokas, manuel précité, p. 57 (sur les clauses statutaires obligeant les associés de prêter la société de personnes), p. 216.

1506 La doctrine grecque parle dans ce cas de « sous-capitalisation nominale ». N. Rokas, op. cit. p. 217, G. Sotiropoulos « Droit de la société anonyme », (dir. E. Perakis), t. 1, p. 374, et plus généralement sur la question de la sous-capitalisation D. Tzouganatos (en grec) « Capitalisation insuffisante de sociétés de capitaux », éd. Sakkoula, 1994.

1507 M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy, no 237, X. Delpéch, op. cit., no 27.12 et pour le droit grec N. Rokas op. cit., p. 56 (plus généralement sur la liberté de l'associé d'une société de personnes de conclure des relations contractuelles – dont le contrat de prêt – avec la société, en dehors du lien contractuel sociétaire), p. 268 (plus particulièrement sur la question des prêts des actionnaires à leur AE).

signifie pas bien sûr que l'ordre public soit absent en matière de ces prêts se trouvant à l'entrecroisement du droit des contrats et du droit des sociétés. Pour ce qui concerne l'ordre public économique général, les deux droits sous comparaison connaissent la notion d'usure, en imposant des maxima de taux d'intérêts ; ces maxima sont bien sûr applicables aussi sur les prêts de l'associé à la société, en empêchant ainsi une forme grossière de pillage de la société par ses associés par le biais de prêts usuraires<sup>1508</sup>. L'ordre public économique français prévoit aussi des restrictions à ces prêts, restrictions résultant du monopole bancaire<sup>1509</sup> et du droit des procédures collectives, les prêts de l'associé à la société devant ne pas constituer soutien abusif d'une entreprise sociétaire irrémédiablement compromise<sup>1510</sup>, mais aussi des restrictions de provenance du droit fiscal<sup>1511</sup>. Pour ce qui

---

1508 Sur la prohibition de l'usure en droit français v. pour le crédit consenti à une entreprise par le biais de découvert en compte L313-5-1 Code mon. fin. V. pour les sanctions (il n'y a pas de sanction pénale, seulement civile, par restitution des intérêts trop perçus, à la différence des prêts usuraires aux consommateurs) Th. Bonneau, op. cit., no 69, X. Delpech, op. cit. no 27.21. Pour la prohibition de l'usure en droit grec v. 293, 294 AK, 109 Loi introductive de l'AK, Ap. Georgiadis «Droit spécial des obligations», t. 1, p. 593. A sens inverse, le recours au contrat de société a été souvent historiquement un «montage» pour éviter ou contourner l'application de la législation contre l'usure.

1509 V. sur le monopole bancaire les art. L 511-5 suiv.. C. mon. fin. Sur les comptes courants d'associés comme exception au monopole bancaire v. M. Cozian-A. Viandier -Fl. Deboissy, no 310. Les avances en comptes courants des associés à leur société sont réputées des opérations tombant dans le champ d'application du monopole bancaire et de la sorte on pourrait dire que l'ordre public économique financier renverse le principe de la liberté contractuelle en la matière. Pourtant, les exceptions sont nombreuses (v. art. L312-2 C. mon. fin. sur les exceptions à la notion de fonds reçus du public) : fonds reçus ou laissés en compte par tout associé des sociétés de personnes ou par les associés des SARL ou actionnaires des sociétés par actions détenant au moins 5% du capital social, ou par «les dirigeants de toute forme sociale» et sous certaines conditions les salariés de la société (qui peuvent cumuler les qualités d'associé et de salarié). Pour les associés du SARL ou actionnaires ultra-minoritaires qui ne seraient pas dirigeants, l'avance en compte courant est licite, si elle est soumise à un terme au moins de deux ans. V. sur le monopole bancaire Th. Bonneau, op. cit., no 205 suiv., et plus particulièrement pour sa relation avec les comptes courants d'associés X. Delpech, no 27.13. V. infra Titre II sur les groupes de sociétés ou les opérations de crédit entre leurs membres.

1510 V. pour de tels cas C.cass. Ch. com. 10 déc. 2003, JCPE 2004, 282 note D. Legeais. Sur le régime applicable sous la nouvelle rédaction de l'art. 650-1 C.com. v. X. Delpech, op. cit., no 27.26. L'avance en compte courant d'associé peut d'ailleurs tomber sous le coup des nullités de la période suspecte (L631-1, L632-2 C.com.).

1511 Le droit fiscal français impose des conditions assez strictes pour accepter la déductibilité des intérêts rémunérant le compte courant d'associé – v. 39-1, 3o, 212 CGI (libération entière du capital social, plafonnement de la déductibilité des taux d'intérêts en fonction de taux pratiqués par les établissements de crédit – en 2009, 4,81%). A défaut du cumul de ces conditions les taux rémunérant le compte courant ne sont pas déductibles du résultat de la société. Ces exigences réduisent beaucoup l'intérêt fiscal du montage en cause v. M. Cozian-A. Viandier - Fl. Deboissy, no 237, 243 (pour ces auteurs, si la liberté contractuelle prévaut en matière de compte courant d'associé, c'est le droit fiscal qui en assure la police), X. Delpech, op. cit. nos 27.41, 27.42. V. infra Titre II sur le régime fiscal visant à faire face à la sous-capitalisation au sein des groupes de sociétés en mettant

concerne l'ordre public sociétaire stricto sensu, il faut tenir compte de ce que les prêts de certains associés sont soumis à la procédure impérative des conventions réglementées du droit français et du droit grec prévues pour les conventions entre société et dirigeants, comme toute convention conclue entre la société et cette catégorie d'associés et dépassant le caractère de l'opération courante (v. L 225-38 C.com., 23a :2190/1920 et supra sur ces catégories d'associés – notamment d'actionnaires – auxquels est applicable pour chacun des deux droits sous comparaison la réglementation des conventions entre la société et les dirigeants)<sup>1512</sup>. Assez intéressante et controversée est toutefois en droit des sociétés aussi bien français que grec la question du régime des prêts de l'associé à la société et les conséquences du cumul des qualités d'associé et de créancier à la même personne, notamment pour ce qui concerne le dénouement de l'opération. Ainsi, en droit français était particulièrement controversée la question du droit de l'associé de clôturer unilatéralement son compte courant et exiger son remboursement. La validité des clauses de blocage faisant obstacle à un moment donné à l'exercice de ce droit ne faisait pas de doute. Pourtant, même à défaut de l'existence de telles clauses, pour un courant important le droit de clôturer le compte et d'exiger le remboursement du solde était soumis à la priorité de l'affectio societatis et de l'intérêt social – deux notions étroitement liées à l'ordre public sociétaire de la société vue comme contrat, la seconde tendant à exprimer juridiquement la relation entre société et entreprise (v. supra Partie I, notamment sur le débat autour de ces deux notions et leur relation avec l'ordre public économique sociétaire). Pour ce courant de pensée, la relation entre l'associé-prêteur et la société était *causa societatis* et par conséquent le droit des sociétés, son ordre public et sa logique avaient un impact important sur cette relation particulière entre associé-prêteur et société-emprunteuse, relation se trouvant à l'entrecroisement entre le droit des contrats et le droit des sociétés. La conséquence en découlant était que l'associé titulaire du solde positif devait formuler sa demande de remboursement en respectant l'intérêt social, ce dernier pouvant même exiger

---

des limites à la déductibilité des intérêts payés par une société du groupe à une autre société du groupe.

1512 Joue toutefois toujours l'exception des opérations courantes conclues à des conditions normales. V. X. Delpech, op. cit., no 27, 14, Lamy «Droit de financement», no 538. Pour ce dernier ouvrage, l'opération est courante si l'ouverture du compte courant d'associé est prévue dans les statuts ou si elle est effectuée à titre habituel, autrement dit que le compte ne soit pas ouvert au profit d'un seul associé. La normalité concerne essentiellement le taux de la rémunération de l'associé-prêteur. Les juges français sont toutefois réticents d'accepter ces caractéristiques et d'accepter de passer outre de la procédure des conventions réglementées. V. C.cass. Ch.com. 29 mars L994, Dr.soc. L994, com 119, obs. H. Le Nabasque.

une immobilisation temporaire de sa créance si la situation de la société était précaire<sup>1513</sup>. La Cour de cassation a toutefois finalement rejeté ce point de vue, en assimilant ainsi essentiellement l'associé créancier (titulaire d'un solde positif pour lui de compte courant) à un créancier de droit commun, et en lui reconnaissant un droit de remboursement du solde créditeur de son compte courant à tout moment (étant entendu à défaut d'une clause de blocage), sauf abus de droit, qu'on doit entendre, semble-t-il, comme exercice du droit avec intention de nuire<sup>1514</sup>. Il est évident que cette solution écarte l'influence du droit des sociétés et de son ordre public en matière de prêts d'associé sous la forme de compte courant, en donnant la priorité en la matière au droit commun des contrats, et en facilitant ainsi les montages de financement alternatif aux apports de la société par ses associés et la poursuite des finalités de ces derniers. Il est aussi à noter que la jurisprudence française protège les droits de l'associé sur son compte courant à l'égard de tentatives éventuelles des sociétés d'aggraver unilatéralement la position contractuelle du premier en altérant les termes de leur contrat ou même en assimilant unilatéralement le compte à des fonds propres, la jurisprudence ayant recours dans ces cas à la prohibition – d'ordre public sociétaire – d'augmentation des engagements de l'associé contre sa volonté (v. supra Partie I)<sup>1515</sup>. En droit grec on rencontre de nouveau dans la question que nous étudions les conséquences de la différenciation des solutions dans les grands types de sociétés. Ainsi, pour les sociétés de personnes, la position juridique de l'associé-prêteur se trouve sous l'influence et les restrictions découlant de l'obligation de loyauté de chaque associé à l'égard de la société et de ses coassociés, une obligation qui, tout en étant susceptible de restrictions et aménagements conventionnelles, doit être réputée ayant un noyau d'ordre public sociétaire, lié au type même des sociétés de personnes du droit grec (v. supra Partie I). L'associé-prêteur doit par conséquent tenir compte de la situation de la société avant de

---

1513 Ainsi CA Aix-en-Provence 6 octobre 1981, Rev.soc. 1982, p. 308 note J-P. Sortais, CA Rouen 16 janvier 1990, Bul Joly 1991, p. 216, note P. Le Canu.

1514 C.cass. Ch.com., précité, 14 novembre 2006, RTD com. 2007, p. 140, obs. Cl. Champaud-D. Danet - v. sur l'ensemble de la question M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy, no 240 (ces auteurs considérant que les difficultés résultant du droit du remboursement immédiat sont la rançon de la solution de facilité généralement retenue par la pratique), X. Delpech no 27.22. Pour un cas d'abus v. CA Paris 30 mai 2008, Dr soc. 2008 no 243, obs. M.-L. Cocquelet (la demande de remboursement n'était qu'un simple moyen de pression exercé par l'associé-prêteur dans le cadre d'un conflit plus large l'opposant à la société). V. aussi CA Paris 12 février 1999, Dr. soc. 1999, com. 89, note Th. Bonneau (le juge retient l'abus dans un cas où la demande de remboursement du solde du compte courant avait amenée la société à disparaître).

1515 Ainsi p. ex. C.cass. Ch. com. 19 octobre 1999, Dr. Soc. 2000, p. 70, note A. Couret. V. X. Delpech, op. cit., no 27.15. Pourtant, la société peut imputer au compte courant d'associé son obligation prévue dans les statuts de participer aux pertes durant le fonctionnement de la société par voie d'appel de fonds supplémentaires – v. X. Delpech, op. cit., no 27.24.

demander le remboursement de son prêt à la société, sous peine d'engagement de sa responsabilité civile<sup>1516</sup>. En matière des EPE -SARL de droit grec – on devrait admettre l'existence d'une pareille obligation de loyauté à la charge de l'associé-prêteur comme dans les sociétés de personnes, à cause du caractère d'intuitu personae typiquement attribué à ces sociétés. En plus – particularité intéressante du droit grec par rapport au droit français – la loi introduit un dispositif d'ordre public de subordination des créances de l'associé prêteur sur la société par rapport aux créances des autres créanciers (art. 32 L3190/1955) : selon cet article, est prohibé sous peine de nullité l'octroi par la société de sûretés réelles pour ses emprunts auprès de ses associés, le remboursement de telles emprunts est réputé inexistant juridiquement si son effet est de rendre impossible, totalement ou partiellement, la satisfaction de créances de tiers sur la société existant à ce temps, en cas de dissolution de la société pour toute autre cause sauf la prononciation de sa faillite les créances des associés sur la société ayant comme cause le contrat de prêt sont satisfaites seulement après la satisfaction des autres dettes de la société<sup>1517</sup>. En matière des AE (sociétés anonymes grecques), la doctrine dominante refuse d'accepter l'application analogique de l'art. 32 L3190/1955 sur les EPE. On doit pourtant admettre que l'obligation de loyauté existant selon une opinion qui gagne du terrain à la charge de l'actionnaire dominant à l'égard de la société et de l'entreprise sociale lui impose de tenir compte dans sa demande de remboursement de son prêt la situation de la société et l'intérêt social, obligation à laquelle on devrait reconnaître, croyons-nous, un noyau d'ordre public sociétaire (v. supra Partie I sur problématique de l'obligation de loyauté des actionnaires et notamment de ceux dominants en droit grec)<sup>1518</sup>. La doctrine dominante semble en tout cas accepter pour les AE – même sans fondement exprès dans la loi 2190/1920 – une subordination ex lege de la créance des actionnaires importants à l'égard des autres créances sur la société dans le cas d'insuffisance de l'actif social, en ayant recours au principe général – et avec caractère fondamental généralement pour l'ordre public économique grec – de bonne foi (art. 200, 288 AK), comme moyen de faire face au phénomène de sous-capitalisation « nominale » (à savoir effectuée par une relation disproportionnée entre les apports et les prêts des

---

1516 N. Rokas, manuel précité, p. 56-57 et p. 137 plus particulièrement pour les sociétés en nom collectif. L'associé doit d'ailleurs se tourner d'abord contre la société de personnes et seulement si cela n'est pas facile de se tourner individuellement contre ses coassociés pour le remboursement de sa créance, sur le même fondement de l'obligation de loyauté et de bonne foi.

1517 V. sur ce dispositif N. Rokas, manuel précité, p. 548-549, N. Vervessos (en grec) «La problématique de la sous-capitalisation nominale en droit des EPE», EEmp D 2003, p. 453.

1518 Sur l'obligation de loyauté de l'actionnaire dominant à l'égard de la société et de l'entreprise sociale et la possibilité d'engagement de sa responsabilité civile en cas de sa violation, v. la monographie précitée de G. Triantafyllakis, p. 293 suiv. et supra, Partie I de notre thèse.

actionnaires à la société) des AE<sup>1519</sup>. Nous voyons de la sorte que, malgré la fragmentation de ses solutions, le droit grec tend aujourd'hui à tenir compte plus complètement que le droit français de la situation particulière de l'associé-créancier et de la particularité de sa créance sur la société, en tenant compte de l'intérêt de la société et en restreignant les droits découlant pour ce créancier particulier du droit commun du prêt. Toutefois, comme en droit français, l'associé ne peut pas voir ses engagements à l'égard de la société augmenter sans son consentement (v. supra Partie I), principe applicable aussi contre des agissements de la société voulant modifier unilatéralement la position contractuelle du premier, avec application évidente en cas de relations de prêt entre associé et société, une relation en plus relevant dans son principe du droit des contrats avec son exigence d'unanimité pour les modifications des obligations des parties et non du droit des sociétés avec son caractère organisationnel. On pourrait aussi considérer que, comme la sous-capitalisation d'une société par le maître de l'affaire est en droit grec un indice principal d'abus de personnalité morale pouvant aboutir à la levée de cette dernière (v. supra, Partie I), une relation déséquilibrée entre capital apporté et prêts du maître de l'affaire à la société pourrait être un tel indice d'abus ; pourtant, l'établissement de l'abus de personnalité morale nécessite l'établissement d'une intention frauduleuse du maître de l'affaire, et il doit de la sorte pour que l'abus soit retenu résulter des données de chaque espèce que la relation déséquilibrée entre capital et prêts du maître de l'affaire serve un but frauduleux, notamment à l'égard des créanciers sociaux, p. ex. par le biais de termes déséquilibrés à la charge de la société ou au détriment des autres créanciers. Il est aussi à noter que le droit fiscal grec a récemment introduit un dispositif contre la sous-capitalisation des sociétés (art. 49 L4172/2013) pour se conformer à la directive communautaire du 8 juin 2010, dispositif qui trouve aussi application aux prêts des associés à leurs sociétés ; mais il s'agit d'un dispositif qui est libéral pour les sociétés qui ne sont pas membres d'un groupe de sociétés et par conséquent aux prêts des associés de petites et moyennes sociétés à ces dernières, dans le cadre desquelles est le plus souvent rencontrée cette modalité de financement<sup>1520</sup>.

---

1519 V. N. Rokas op. cit. p. 218, E. Gologina-Oikonomou (en grec) « Les prêts des actionnaires comme gage des créanciers », EpiskED. 2002, p. 940.

<sup>1520</sup> V. infra Titre II à l'occasion des développements sur les groupes de sociétés sur le régime de limites de la déductibilité par les entreprises des sommes versées par elles en tant que taux d'intérêts, si ces sommes dépassent un pourcentage de leurs bénéfices. La déductibilité de ces sommes est pourtant libre si la société n'appartient pas à un groupe et la somme des taux d'intérêts nets inscrite dans les livres sociaux ne dépasse pas 1 million euros par an, un plafond qui bien sûr ne sera pas dépassé dans le cadre de petites et moyennes sociétés. V. aussi art. 22, 23 de la loi 4172/2013 mettant des limites à la déductibilité des dépenses et plus particulièrement plafonnant la déductibilité des taux d'intérêts versés par une entreprise pour le service d'emprunts non bancaires selon le taux d'intérêt des comptes courants aux entreprises non financières, comme ce dernier

## **Par 2/ Les contrats entre la société et ses dirigeants comme montages**

Les contrats entre la société et ses dirigeants sont une matière sensible pour la vie des sociétés et pour l'ordre public sociétaire (nous entendons comme tels contrats ceux que les dirigeants concluent avec leur société en dehors de leur relation fondamentale contractuelle qui les unit à la société comme base pour leur pouvoirs organiques). Les contrats en cause sont vus avec une certaine suspicion par le droit des sociétés à cause de l'évident conflit d'intérêts qui peut se présenter, le dirigeant devant agir selon les prescriptions du droit des sociétés dans l'intérêt social dans le cadre de transactions auxquelles est impliqué son intérêt personnel qui va le plus souvent dans ces cas à un sens contraire à celui de la société. Les contrats entre le dirigeant de la société peuvent être utilisés comme montages selon deux finalités. La première d'elles est de nature patrimoniale, supposant un dirigeant – associé ou actionnaire contrôlant plus ou moins la société et s'efforçant par le biais de contrats ou de circuits contractuels déséquilibrés entre lui et la société de transférer de la valeur patrimoniale de la société vers lui-même, en contournant les dispositifs d'ordre public sociétaire concernant le capital social et les distributions aux associés ou actionnaires. La problématique de cette catégorie de contrats entre les dirigeants et les sociétés est essentiellement identique à celle dans les contrats entre la société et l'actionnaire ou associé dominant que nous avons présentée comme catégorie de montages ci-dessus. La seconde finalité que peuvent poursuivre les contrats entre les dirigeants et la société comme montages ne concerne pas le patrimoine mais le pouvoir, et elle suppose que le dirigeant n'a pas le contrôle de la société ou risque de le perdre ; en effet, dans cette catégorie de montages le dirigeant poursuit par le biais de techniques contractuelles le but de stabiliser son pouvoir dans la société, et notamment de contourner le principe traditionnel d'ordre public de révocabilité ad nutum des dirigeants des sociétés anonymes, qui est en vigueur traditionnellement en droit français et en droit grec (v. supra Partie I, avec les exceptions et évolutions). Dans les cas des deux finalités poursuivies, il s'agit de montages tels que nous les entendons, car les dirigeants utilisent les techniques contractuelles et le droit des contrats dans le but plus lointain de contourner ou de diminuer l'effectivité de l'ordre public sociétaire. En plus, d'autres montages plus compliqués peuvent être entrepris en la matière, avec le dirigeant ne se présentant pas

---

résulte du bulletin statistique de la Banque de la Grèce pour la période immédiatement avant la date de conclusion de l'emprunt.



comme contractant direct de la société, tout en demeurant essentiellement le bénéficiaire de la convention. Toutefois, l'ordre public sociétaire n'est pas resté indifférent devant ces constructions, à cause de l'importance de la matière pour la vie des sociétés et les dangers pouvant en résulter. La relation des dirigeants avec la société et l'engagement des premiers de poursuivre l'intérêt social et non leur intérêt propre, notamment en ce qui concerne leurs relations contractuelles avec la société, a été réputée une question particulièrement importante pour la gouvernance privée économique, et l'ordre public sociétaire a évolué en intervenant en la matière aussi bien en France qu'en Grèce. Il s'agit d'ailleurs d'un exemple classique d'évolution de l'ordre public sociétaire à cause de l'importance acquise par certains montages d'origine privée. Ainsi, les conventions des dirigeants avec leur société, bien que relevant en principe du droit commun des contrats, constituent une matière qui porte une forte empreinte du droit des sociétés et de son ordre public, aussi bien en France qu'en Grèce, notamment pour les sociétés par actions, dans le but de préserver les équilibres essentiels des intérêts noués au sein ou autour de la société, mais aussi indirectement l'intérêt général. Nous allons ainsi successivement présenter d'abord la réglementation d'ordre public en général des conventions des dirigeants avec leur société dans les deux droits sous comparaison (A) et ensuite plus particulièrement les conventions visant à stabiliser la position des dirigeants dans la société, soit par le biais de contrats de travail entre la société et le dirigeant (B), soit par la prévision contractuelle d'indemnités de départ dissuadant la révocation du dirigeant (C). A ces contrats nous allons ajouter l'étude d'un montage particulier, d'inspiration anglo-saxonne, concernant le rapport de base entre dirigeant et société, à savoir le contrat de management ou de gestion d'entreprise (D).

#### **A. La réglementation des conventions en cause comme défense de l'ordre public sociétaire contre les montages frauduleux**

La réglementation impérative la plus complète aussi bien en droit français qu'en droit grec des conventions entre la société et ses dirigeants existe bien sûr en matière de sociétés anonymes, pour des raisons que nous avons présentées dans la Partie I (limitation du risque des actionnaires à leurs apports, intuitus personae typiquement diminué ou inexistant, non implication des actionnaires dans la gestion quotidienne, tendance vers une dissociation du pouvoir et du contrôle).

## **La réglementation impérative des conventions des dirigeants avec leur société en droit français<sup>1521</sup>**

Le droit français prohibe d'abord expressément et sans dérogation possible les conventions entre la SA et ses dirigeants personnes physiques consistant à l'octroi par la société à ces derniers de prêts, de découverts – y compris par le moyen de comptes courants (v. supra)- ou de cautionnements ou garanties de leurs dettes, à cause du danger évident de ces opérations pour le patrimoine social (L225-43, L225-91 C.com.). La sanction de ces prohibitions est la nullité de la convention (sur la problématique de ces conventions dans les groupes de sociétés v. infra Titre II)<sup>1522</sup>. Pour le reste, le droit français prévoit un régime impératif de principe de réglementation des conventions entre les dirigeants et la société anonyme assez complexe (étant entendu pour les conventions ne tombant pas dans le champ des prohibitions mentionnées ci-dessus- L225-38, L225-40, L225-86, L225-88 C.com.). Ces conventions sont ainsi d'abord soumises à une autorisation préalable du conseil d'administration (ou du conseil de surveillance dans les SA à système de direction dualiste – v. supra, Partie I); mais le droit français prévoit comme sanction de l'inobservation de l'autorisation préalable du conseil d'administration ou du conseil de surveillance seulement une nullité facultative, si la convention conclue entre le dirigeant et la société a des conséquences dommageables pour cette dernière (L225-42, L225-90 C.com.)<sup>1523</sup>. En dehors de l'autorisation préalable du conseil d'administration ou de surveillance, la convention entre le dirigeant et la SA doit être soumise à l'approbation de l'assemblée générale ordinaire de la société, qui statue au vu d'un rapport du commissaire aux comptes, étant impérativement précisé que la participation de l'intéressé au vote ainsi que la prise en compte de ses actions pour le calcul du quorum et de la majorité sont prohibées (L225-40, L225-88 C.com.- pourtant, comme nous avons vu ci-dessus, à

---

<sup>1521</sup> C. Malecki « Conventions réglementées », Répertoire de droit des sociétés Dalloz.

<sup>1522</sup> V. sur la prohibition des art. L225-43, L225-91 C.com., M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy, nos 599 suiv. Elle concerne les directeurs généraux, directeurs généraux délégués, administrateurs, membres du directoire et du conseil de surveillance, ainsi que les représentants permanents de personnes morales administrateurs ou membres du conseil de surveillance. La nullité qui sanctionne la prohibition de cette catégorie de conventions est absolue – C.cass. Ch. mixte, 10 juillet 1981, Rév. soc. 1982, p. 84 note Chr. Mouly. Toutefois elle est inopposable aux tiers de bonne foi (M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy no 600). Le droit français prévoit une exception pour les prohibitions des art. L225-43, L225-91 C. com. au profit des dirigeants des établissements bancaires et financiers, pourvu qu'il s'agisse de convention de crédit constituant des opérations courantes conclues à des conditions normales.

<sup>1523</sup> V. M. Cozian-A.Viandier-Fl. Deboissy, nos 603 suiv. et pour un exemple de prononciation de la nullité C.cass. Ch. com. 16 décembre 2008, Bul Joly soc. 2009 p. 132, notes B. Saintourens. Il s'agit d'ailleurs d'une nullité relative au profit de la société.

l'occasion de l'étude des conventions entre actionnaires importants et société par actions, cette disposition ne résout pas le problème si le dirigeant maintient une influence déterminante sur les autres actionnaires, y compris par le biais de montages comme ceux utilisant des conventions de vote –v. infra). En tout cas, selon le droit français, aussi bien les conventions approuvées par l'assemblée que celles désapprouvées produisent leurs effets à l'égard des tiers, la possibilité de nullité existant expressément selon la loi dans le cas de fraude, mais aussi dans les autres cas de nullité des contrats<sup>1524</sup>. Ce qui différencie les contrats entre dirigeant et société selon leur approbation ou non par l'assemblée est que dans le cas de ceux désapprouvés les conséquences préjudiciables pour la société peuvent être mises à la charge de l'intéressé et, éventuellement, des autres membres du conseil d'administration ou du directoire, même indépendamment d'existence de fraude (L225-41, L225-89 C.com.)<sup>1525</sup>. Nous voyons de la sorte que le droit français s'efforce de tenir quelques équilibres en la matière avec une préférence pour la sanction la moins perturbatrice pour les effets d'actes juridiques déjà conclus, en évitant de prononcer la nullité comme sanction pour toute violation du dispositif impératif de réglementation des conventions entre société anonyme et dirigeants – au prix toutefois d'une certaine complexité des solutions<sup>1526</sup>. Par exception à ce dispositif, sont libres les conventions conclues entre SA et dirigeants mais ayant le caractère d'opérations « courantes » conclues à des conditions « normales »<sup>1527</sup>. Il est d'ailleurs intéressant que le droit français tient compte dans son dispositif d'ordre public de réglementation des conventions entre

---

1524 Le sens du terme «fraude» utilisé par la loi dans les art. L225-41, L225-89 C.com. est peut-être ambigu. Ainsi selon MM Le Cannu et Dondero (no 757, note 222) la fraude peut résulter de la dissimulation de la convention ou de la déclaration à l'assemblée d'éléments inexacts. Par contre, selon le Memento Francis Lefebvre «Sociétés commerciales» (2006, no 8430), il s'agit de la fraude commise lors de la conclusion de la convention, non celle éventuellement intervenue lors du vote en assemblée. Il nous semble que dans le cas des art. L225-41, L225-89 la fraude doit être comprise au sens le plus général de la mauvaise foi, d'intervention frauduleuse à l'encontre de la société exprimée par le moyen de la convention en cause (v. sur les multiples sens de la notion de fraude «Vocabulaire juridique» de l'Association Henri Capitant par G. Cornu, PUF 2001, 2<sup>e</sup> édition).

1525 M. Germain-V. Magnier, no 1650. Le sens de l'article semble être que le dirigeant et ses complices éventuels dans les organes de direction ou de surveillance sont toujours tenus selon le droit de leur responsabilité civile (v. supra Partie I) s'il y a fraude de leur part contre la société (sans exclusion de leur responsabilité pénale éventuelle pour abus de biens sociaux et application du régime de l'acte anormal de gestion – v. supra Partie I) mais qu'en absence de fraude l'approbation de la convention par l'assemblée exclut la responsabilité du dirigeant. Pourtant, il ne semble pas que cette exonération de responsabilité soit opposable en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'égard de la société, avec les actions prévues dans ce cas à l'encontre du dirigeant fautif.

1526 V. M. Cozian - A. Viandier - Fl. Deboissy, no 607, écrivant de la complexité de la procédure.

1527 V. M. Cozian - A. Viandier - Fl. Deboissy, no 602, sur le sens de la notion d'opération courante conclue à des conditions normales et sur l'obligation de communication de ces opérations imposée par l'art. L225-39 al. 2 C.com.

dirigeants et SA des conventions conclues pour le compte de dirigeants par le biais de personnes interposées – l'interposition de personnes étant par ailleurs un montage très ancien (v. supra Partie I sur l'interposition de personnes comme espèce de simulation pour le droit français). Il étend ainsi expressément ses prohibitions et sa réglementation impérative applicable aux conventions en cause à celles conclues entre la société et ses dirigeants par personnes interposées, et sont expressément prohibées les conventions d'octroi de crédit par la société aux conjoint, ascendants ou descendants du dirigeant, pour lesquels l'interposition peut être présumée (L225-38 al. 1, L225-43, L225-86 al. 1, L225-91 al. 2 C.com.). Il étend aussi expressément le dispositif de réglementation aux conventions avec des tiers pour lesquelles les dirigeants sont indirectement intéressés (L225-38 al. 3, L225-86 al. 2 C. com.), en voulant ainsi protéger la société face à des montages éventuels constitués de chaînes de contrats avec participation des dirigeants, même en dehors d'interposition de personnes stricto sensu<sup>1528</sup>. Il tient aussi compte de la possibilité d'exercice d'influence d'un des dirigeants de la SA dans une autre société pouvant se présenter comme cocontractante de la première, de sorte que cette seconde société joue un rôle d'instrument pour le dirigeant, même en dehors de la définition typique de l'interposition de personnes, en tenant ainsi compte de la tendance plus générale d'instrumentalisation des sociétés dans le cadre de différents montages (L225-38 al. 3, L225-86 al. 3)<sup>1529</sup>. Le dispositif d'ordre public en cause applicable aux SA est repris par le droit français pour les conventions entre le dirigeant d'une société commandite par actions et sa société (L226-10 C.com.)<sup>1530</sup>. Par contre, pour les SAS le droit français impose un dispositif allégé de réglementation de ces conventions (L227-10 à L227-12 C. com.)<sup>1531</sup>. Un

---

1528 Sur un cas d'interposition de personnes pour le compte du dirigeant v. CA Paris, 20 novembre 1998 Bul. Joly L999 p. 476, note P. Le Cannu.

1529 Selon l'art. L225-38 al. 3, L225-86 C.com. sont soumises au dispositif d'autorisation préalable (et par la suite à l'approbation ou non de l'assemblée) les conventions intervenant entre la société et une entreprise, si le directeur général, l'un des directeurs généraux délégués, l'un des administrateurs ou des membres du directoire ou du conseil de surveillance est propriétaire, associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, membre du conseil de surveillance, ou, de façon générale, dirigeant de cette entreprise.

1530 V. M. Cozian - A. Viandier - Fl. Deboissy, no 898.

1531 La loi reprend la distinction faite dans le domaine des SA entre conventions prohibées, libres et réglementées. Pour les conventions réglementées, il omet l'étape de l'autorisation de la convention par le conseil d'administration, un organe collectif n'étant pas obligatoire dans les SAS. Le rapport du commissaire aux comptes à l'assemblée peut être omise, si la société n'est pas obligée de nommer un commissaire. Pour le reste, la décision de l'assemblée d'approuver ou de ne pas approuver la convention produit les mêmes effets que dans les SA. Si la SAS est à actionnaire unique, il y a seulement obligation de mention de la convention conclue entre le dirigeant –personnellement ou par personne interposée- au registre des décisions - V. M. Cozian - A. Viandier - Fl. Deboissy, no 918, P. Le Cannu-B. Dondero, nos 1010 suiv..

dispositif impératif plus simple que celui en vigueur pour les SA est prévue pour la réglementation des conventions entre gérants des SARL et leurs sociétés (L223-19 à L223-21 C.com.)<sup>1532</sup>. Pour les sociétés de personnes, le droit français des sociétés ne prévoit pas un dispositif exprès d'ordre public de réglementation ou prohibition des conventions entre la société et ses gérants, peut-être sur le fondement de la réflexion que la responsabilité illimitée des associés pour les dettes sociales peut diminuer le risque d'apparition de telles conventions déséquilibrées ; pourtant, les mécanismes de l'objet social et du détournement de pouvoir (v. supra, Partie I) offrent une certaine protection aux associés de ces sociétés<sup>1533</sup>. Bien sûr, en dehors de la question des conventions entre la société et ses dirigeants du point de vue du droit privé, de telles conventions dommageables pour la société peuvent engager la responsabilité pénale des dirigeants impliqués si les conditions de cette responsabilité sont réunies (v. supra Partie I sur la responsabilité pénale des dirigeants des sociétés, notamment de celles de capitaux, en droit français), mais aussi être réputées pour le droit fiscal des actes anormaux de gestion (v. supra, Partie I, sur l'acte anormal de gestion et ses sanctions)<sup>1534</sup>.

---

1532 La loi reprend pour les SARL la distinction entre conventions libres, prohibées et réglementées. Comme la SARL n'a pas de conseil d'administration, c'est l'assemblée générale qui statue directement pour les conventions conclues entre la société et un gérant au vu d'un rapport présenté par le commissaire aux comptes ou, si la société n'en dispose pas un, par le gérant sur les conventions entre la société et l'un des gérants. Toutefois, s'il n'y a pas de commissaire, les conventions conclues par un gérant non associé et la société sont soumises à une autorisation préalable de l'assemblée. Le gérant intéressé ne peut pas participer au vote et ses parts ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité. Pour le reste, le sort des conventions non approuvées par l'assemblée est semblable à celui dans les SA, sans mention expresse à la fraude comme cause de nullité (mais la nullité de la convention frauduleuse entre société et gérant résulte du principe plus général *fraus omnia corrumpit*). Sont reprises aussi les prévisions sur les conventions par personnes interposées ou par entreprises contrôlées par le gérant, et sont incluses expressément au dispositif de conventions prohibées celles avec le conjoint ou ascendants ou descendants du gérant. Une réglementation encore plus allégée est prévue pour les contrats réglementés de la SARL ayant un associé unique avec ce dernier (est prévue seulement une mention obligatoire au registre de décisions) V. M. Cozian - A. Viandier - Fl. Deboissy, nos 1078 suiv.

1533 V. supra sur la possibilité de prononciation de la nullité d'un acte conclu par le dirigeant de la société au nom de cette dernière à l'encontre de l'intérêt social avec connaissance du contractant de ce caractère de l'acte comme contraire à l'intérêt social (dans notre cas du dirigeant lui-même). Plus particulièrement sur les cautionnements octroyés par les sociétés à risques illimités au profit de leur dirigeants, la jurisprudence française rappelle les limites posées par l'objet social et l'intérêt social. Pourtant, la jurisprudence admet que les cautionnements en cause sont valables s'ils ont été consenti à l'unanimité des associés ou s'il existe une communauté d'intérêts entre la société caution et la personne cautionnée. V. sur cette jurisprudence et le débat qu'elle suscite V. M. Cozian - A. Viandier - Fl. Deboissy, nos 1135 suiv. V. *ibid* no 1176 sur l'application aux sociétés civiles exerçant une activité économique de l'art. 1612-S C.com., introduisant une procédure de contrôle des conventions posées entre une personne morale de droit privé non commerçante ayant une activité économique et ses administrateurs ou mandataires sociaux.

<sup>1534</sup>

M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy, no 731.

## **Le droit grec et son ordre public sociétaire sur les conventions entre société et dirigeants**

Comme le droit français, le droit grec contient une réglementation impérative des conventions des administrateurs des sociétés anonymes (AE) avec leurs sociétés assez détaillée, en reprenant aussi la distinction du droit français entre conventions prohibées, réglementées et libres (23a L2190/1920)<sup>1535</sup>. Il prévoit ainsi – comme le droit français – une prohibition d'octroi par l'AE de prêts, de crédit, de cautionnement ou de garanties aux membres du conseil d'administration (mais aussi à l'actionnaire contrôlant la société), sans distinguer comme le droit français entre personnes physiques ou morales (v. pourtant infra Titre II sur l'extension en 2013 du dispositif de conventions réglementées aux conventions de crédit intragroupe) ; toutefois, à la différence du droit français, il s'agit aujourd'hui (après la réforme de 2007) d'une prohibition seulement de principe, le droit grec permettant sous conditions assez sévères concernant la préservation de l'intérêt social mais aussi directement celui des minoritaires et des créanciers sociaux des exceptions. De la sorte, l'octroi de cautionnement ou d'autre garantie au profit des administrateurs est désormais permis si (cumulativement) le cautionnement ou la garantie servent l'intérêt social, la société a un droit de recours contre le dirigeant, il y a subordination des créances résultant du cautionnement ou de la garantie aux créances des autres créanciers sociaux existant au moment de la publicité de l'opération, le cautionnement ou la garantie sont autorisés préalablement par l'assemblée générale ordinaire, avec un droit de blocage pour un ou plusieurs actionnaires possédant au moins le dixième du capital social représenté dans l'assemblée (le vingtième si la société est cotée) ; à défaut de réunion de ces conditions, la conclusion des conventions prohibées entre la société et le dirigeant est nulle, d'une nullité absolue<sup>1536</sup>. Le droit grec continue sa réglementation en la matière en émettant une prohibition de principe de toute autre convention entre les administrateurs (et l'actionnaire contrôlant la société) et la société, sous peine de nullité, sauf s'il y a autorisation spéciale de

---

1535 V. Antonopoulos, op. cit., p. 406 suiv., N. Rokas, op. cit., p. 299 suiv., E. Gologina-Ikonomou, commentaire de l'art. 23a L2190/1920 (conventions des administrateurs avec leur société), in in E. Perakis (dir.) « Droit de la société anonyme », t. 3, Nomiki Vivliothiki 2000, 2e édition, p. 235. Sur la question débattue de l'application dans les rapports entre l'administrateur et l'AE, en dehors de ce dispositif du droit des sociétés, de la prohibition de principe du droit commun de la conclusion de contrats avec soi-même (art. 235 AK) v. N. Rokas, op. cit., p. 282, avec la jurisprudence y citée.

1536 Le droit grec reprend d'ailleurs essentiellement l'exception pour l'octroi de crédit par la société au profit des administrateurs des établissements financiers que prévoit le droit français, même par le biais d'une formulation différente. V. sur ce dispositif sur les conventions prohibées et leurs exceptions N. Rokas, manuel précité, p. 390.

l'assemblée générale, en principe autorisation préalable (art. 23 a par. 2 L 2190/1920). Particularité intéressante du droit grec, la grande minorité de l'AE – celle exprimant le tiers du capital représenté dans l'assemblée – a un droit d'opposition, pouvant bloquer l'autorisation des assemblées à la convention ; ce droit d'opposition pouvant bloquer l'autorisation de la convention avec le dirigeant appartient même à la petite minorité du vingtième du capital social représenté dans l'assemblée s'il s'agit d'une tentative d'autorisation de la convention entre AE et dirigeant en aval, après la conclusion de la convention (art. 23 a§4 L 2190/1920). Nous voyons de la sorte que le droit grec confie à la minorité dans la société anonyme un rôle de garant de l'intérêt social face au risque de contrats déséquilibrés entre société et dirigeant pouvant constituer des montages frauduleux – un rôle qu'on ne retrouve pas en droit français ; c'est peut-être le palliatif pour la non introduction (à la différence du droit français) d'une prohibition expresse de vote pour le dirigeant intéressé (d'ailleurs, comme nous avons vu ci-dessus, le dispositif en cause peut, comme celui du droit français, être inefficace si le dirigeant exerce une influence déterminante sur les autres actionnaires, les intérêts pouvant être lésés par ces conventions dépassant en plus ceux des actionnaires- v. plus généralement supra sur la protection de l'AE contre des conventions déséquilibrées entre elle et son actionnaire dominant). En outre, selon la loi grecque sur les sociétés anonymes, si la société ne comporte qu'un seul actionnaire qui en plus la représente, les conventions conclues entre ce dernier et la société et entrant dans le champ des conventions réglementées sont enregistrées dans le procès-verbal de l'assemblée ou du conseil ou sont conclues sous forme écrite, à peine de nullité (art. 22A par. 7 L2190/1920). Des conventions se trouvant dans le champ des conventions réglementées mais conclues entre la société et un administrateur sans respect de la procédure légale sont selon la loi, comme nous avons dit ci-dessus, expressément nulles, d'une nullité absolue selon la jurisprudence grecque ; pourtant, pour un courant d'auteurs, il s'agirait seulement d'une nullité relative, au profit de la société et des minoritaires<sup>1537</sup>. Un courant d'auteurs croit en plus que plus globalement ce dispositif de conventions réglementées du droit grec est lourd et engendre dans la pratique des problèmes, et il s'exprime par conséquent pour la restriction "téléologique" de son champ d'application ; la sanction de nullité ne devrait pas de la sorte être appliquée à des conventions entre la société et un administrateur qui, tout en n'étant pas conclues selon la procédure légale, sont évidemment avantageuses pour la société<sup>1538</sup>. Point de convergence avec le droit français, le droit grec des AE exonère de la prohibition de principe -et du besoin d'autorisation

---

<sup>1537</sup> V. sur ce débat N. Rokas, manuel précité, p. 292-293.

<sup>1538</sup> V. N. Rokas, manuel précité, p. 303, avec critique de l'arrêt d'Areios Pagos 248/1998, EEmpD 1998, p. 511, qui a jugé autrement.

exonératoire de l'assemblée – les contrats entre l'AE et ses administrateurs ne dépassant pas les limites des transactions courantes de la société avec les tiers (art. 23 par. 2 L2190/1920)<sup>1539</sup>. On pourrait considérer que le dispositif grec sur les conventions réglementées a sur celui français l'avantage d'une plus grande simplicité, tout en étant plus sévère (nullité de la convention conclue sans autorisation de l'assemblée sans autre). A la différence du droit français, le droit grec n'introduit pas une disposition expresse de portée générale assimilant aux conventions entre l'AE et son dirigeant celles conclues par personne interposée ou avec participation indirecte de l'administrateur. Il englobe pourtant expressément et sans dérogation possible à cette réglementation impérative les conventions entre l'AE et les conjoints, parents et alliés jusqu'au troisième degré des dirigeants en énonçant, semble-t-il, une présomption irréfragable d'interposition pour ces personnes, solution que le droit français ne retient pas<sup>1540</sup>. Les conventions entre l'AE et les autres personnes interposées pour le compte des dirigeants sont pour le reste laissées au droit commun de la simulation, dans le cas que nous étudions simulation en plus frauduleuse (v. supra, Partie I). Le droit grec tient aussi compte de la possibilité d'instrumentalisation de personnes morales et plus particulièrement de sociétés par les administrateurs, en étendant, comme le droit français, aujourd'hui expressément sa réglementation impérative sur les conventions entre AE et administrateurs aux conventions avec les sociétés contrôlées par ces derniers – sans reprendre toutefois les autres cas prévus par le droit français d'influence possible de dirigeants d'une société sur d'autres sociétés cocontractantes éventuelles de la première<sup>1541</sup>. Ce dispositif impératif sur les

---

1539 Sur le sens de terme en droit grec v. N. Rokas, p. 301-302.

1540 V. toutefois l'art. L225-43 C.com. assimilant expressément au dirigeant ses conjoints, ascendants et descendants pour ce qui concerne les conventions prohibées.

1541 L'art. 23a par. 5, introduit en , soumet aux prohibitions de l'art. 23a les conventions avec les personnes morales contrôlées par les membres du conseil d'administration de l'AE, les personnes qui contrôlent l'AE, leurs conjoints ou parents de sang ou par alliance jusqu'au troisième degré. V. infra sur la notion de contrôle en droit grec des sociétés. Pour un arrêt considérant déjà avant l'introduction expresse de cette disposition que le contrat conclu entre la société anonyme et une autre société dont l'actionnaire principal était un administrateur de la première est assimilable à celui conclu directement entre la société et le dirigeant v. Eph. (CA) Pirée 1327/1987, EEmpD 1987, p. 565, avec une consultation sur cette affaire du Pr. N. Rokas : nullité du contrat de bail de l'hôtel d'une société anonyme – à des conditions, semble-t-il, très désavantageuses, avec comme locataire une EPE constituée par deux administrateurs de la société anonyme dont l'un avait en plus la qualité de conseiller dirigeant et a conclu le contrat au nom de l'AE sur le fondement d'une décision du conseil d'administration ; la nullité a été encourue parce que le contrat en cause était soumis à l'exigence impérative de la loi d'une autorisation préalable par l'assemblée, comme s'il s'agissait d'un contrat entre la société et les dirigeants, la cour considérant que la société dont actionnaire principal est un dirigeant de la première société agit comme personne interposée de ce dernier. En plus la décision du conseil d'administration ne peut pas pallier l'exigence d'une décision préalable de l'assemblée (v. pourtant la possibilité introduite plus récemment d'une approbation ex post par l'assemblée, avec



conventions prohibées et réglementées peut selon la loi être étendu par les statuts de l'AE aux directeurs généraux et directeurs de la société, la pratique grecque entendant comme directeurs généraux les personnes qui, tout en n'étant pas membres du conseil d'administration, exercent comme délégués des pouvoirs organiques sur fondement de prévision statutaire (v. supra). Il s'agit d'un cas à l'entrecroisement d'ordre public et d'ordre privé économique, les statuts, acte juridique de droit privé, pouvant exercer sur habilitation de la loi un pouvoir normatif et restreindre la liberté contractuelle de personnes qui n'étaient pas parties à leur conclusion. On pourrait pourtant se demander si confier aux statuts le pouvoir de décider en la matière ne peut aboutir à des contournements du dispositif légal, étant donné que les personnes en cause peuvent détenir l'essentiel du pouvoir dans la société. En tout cas, les délégués de pouvoir sur fondement de prévision statutaire même non membres du conseil sont assimilés expressément par la loi aux administrateurs pour ce qui concerne l'obligation de loyauté et leur responsabilité à l'égard de la société (art. 22 L2190/1920), et cette assimilation protège la société dans une certaine mesure même si les statuts ne prévoient pas l'extension à ces personnes du dispositif impératif sur les conventions réglementées ou prohibées. Protection contre des contrats conclus par ces personnes avec la société et dommageables pour cette dernière peut aussi être recherchée en cas d'absence de prévision statutaire aux restrictions posées par l'objet social mais aussi au droit commun (prohibition de principe des contrats avec soi-même, prohibition des actes juridiques contraires aux bonnes moeurs, prohibition de l'abus de droit, auquel on peut inclure l'abus de pouvoir). A la différence du droit français, le droit grec ne prévoit pas un dispositif spécial impératif pour les conventions entre les gérants des EPE (SARL du droit grec) ou IKE et leurs sociétés, comme d'ailleurs c'est le cas - à l'instar cette fois du droit français - pour les sociétés de personnes. La protection de ces sociétés doit être recherchée dans la prohibition de principe de contrats avec soi-même, les limites posées par l'objet social, l'abus des pouvoirs du dirigeant, la prohibition des actes juridiques contraires aux bonnes moeurs et l'obligation de loyauté et responsabilité du dirigeant à l'égard de la société<sup>1542</sup>. Comme en droit français, en dehors des questions du point de vue

---

toutefois droit d'opposition de la petite minorité de 5 pour cent). Selon le Pr. N. Rokas, consultation précitée, il s'agissait d'un cas de levée de la personnalité morale de la société contrôlée par le dirigeant fondée sur la théorie de la fraude (« ...la personnalité morale est simplement un moyen technique introduit par la loi dans le but de simplification des relations des tiers avec les groupements de personnes et non pour le contournement ou la fraude de dispositions prohibitives »).

1542 V. supra Partie I sur l'abus des pouvoirs du gérant d'une société de personnes. Selon l'art. 235 AK le représentant d'une personne sur fondement de procuration ne peut pas opérer un acte juridique au nom de la personne représentée avec soi-même ou en sa qualité comme représentant d'un autre, sauf si la personne représentée avait permis l'acte juridique en cause ou s'il s'agit

du droit privé, une convention entre la société et le dirigeant dommageable pour la première peut engager la responsabilité pénale des dirigeants impliquées si les conditions de cette responsabilité sont réunies (v. supra, Partie I sur la responsabilité pénale des dirigeants des sociétés en droit grec).

## **B/ Le contrat de travail entre la société et le dirigeant utilisé comme montage**

### **La logique du montage en cause**

Le cumul par une même personne de la qualité du dirigeant et de la qualité de salarié a d'abord de quoi surprendre, parce que le dirigeant social assume dans l'un ou l'autre degré les fonctions du chef d'entreprise, tandis que le salarié se trouve en situation de subordination juridique (v. supra Partie I sur la position des salariés dans l'entreprise et l'ordre public économique sociétaire). Pourtant, dans certains cas – notamment dans de petites et moyennes entreprises sous la forme sociétaire – on peut envisager des circonstances dans lesquelles un tel cumul est concevable, le dirigeant assumant l'exécution de certaines tâches spécialisées (notamment celles de directeur technique) comme salarié<sup>1543</sup>. Le contrat de travail entre dirigeant et société peut toutefois être aussi constitutif de montages douteux. D'abord, le contrat de travail peut être fictif ou du moins déséquilibré au détriment de la société et s'inscrire ainsi dans une stratégie de transfert de ressources de la société vers le dirigeant ou dans une politique de rupture des relations d'égalité entre associés (le dirigeant majoritaire peut de la sorte bénéficier d'un salaire démesuré, avec diminution concomitante du bénéfice distribuable à la collectivité des associés). Le contrat de travail entre la société et son dirigeant peut aussi s'inscrire dans une logique de stabilisation de la position du dirigeant dans la société, notamment si l'actionnariat de la société est dispersé. La protection qu'offre le droit du travail au salarié en

---

exclusivement d'exécution d'une obligation. Le contrat avec soi-même doit en plus impérativement revêtir la forme notariée. V. art. 68 par. 2 AK sur l'application analogique des dispositions sur la représentation sur fondement de procuration aux administrateurs des personnes morales ayant des pouvoirs organiques, dont les dirigeants des sociétés personnifiées. Si une EPE n'a qu'un associé unique qui la représente à l'égard des tiers, les conventions entre ce dernier et la société doivent être inscrites dans le procès-verbal de l'assemblée ou être conclues par forme écrite, sauf s'il s'agit d'opérations courantes conclues à des conditions normales (art. 43 a par. 5 L3190/1955). Selon le Pr. N. Rokas, manuel précité, p. 574, cette disposition exclut l'application de l'art. 235 AK aux conventions entre la société unipersonnelle et son associé unique.

1543 M. Cozian - A. Viandier - Fl. Deboissy, nos 521 suiv.

cas de licenciement dans les deux pays sous comparaison (préavis, indemnisation légale) peut constituer ainsi un facteur dissuasif important à l'encontre du droit de la collectivité des actionnaires de révoquer ad nutum les dirigeants – un droit qui est réputé traditionnellement d'ordre public dans le droit des sociétés anonymes français et grec (v. supra Partie I, avec les atténuations de ce principe en droit français). Le dirigeant peut d'ailleurs s'efforcer de renforcer cet effet dissuasif en prévoyant des indemnités conventionnelles supplémentaires en cas de rupture de son contrat de travail avec sa société. La logique de la construction est que la révocation du dirigeant social de sa position de mandataire social doit logiquement être suivie de son licenciement de son poste comme salarié, car même quand le dirigeant exerce des fonctions salariales il s'agit des fonctions de confiance, la relation salariale ne pouvant pas ainsi « politiquement » survivre à la révocation du salarié de sa position de dirigeant ; de la sorte, les facteurs dissuasifs existant pour la rupture du contrat de travail se transforment en effet indirectement en facteurs dissuasifs pour la rupture de la relation de base entre la société et son dirigeant<sup>1544</sup>. Le dirigeant qui exerce le pouvoir essentiel au sein de la société peut d'ailleurs recourir à l'octroi de contrats de travail aux membres du conseil d'administration – ou, inversement, à la promotion de salariés aux postes de membres du conseil – dans le but de créer des relations de dépendance de ces personnes à son égard et de soumettre ainsi les membres du conseil d'administration – de l'organe qui a la mission légale de le contrôler - à sa volonté. Il s'agit d'ailleurs d'un problème repéré depuis longtemps sur le plan international dans les sociétés cotées, problème avec lequel s'est préoccupé le mouvement du « gouvernement d'entreprise » (v. supra, Partie I). Pour toutes ces raisons le contrat de travail entre la société et son dirigeant peut constituer un montage tel que nous les entendons, consistant plus particulièrement à un recours à la technique contractuelle, dans le but de contourner ou au moins de diminuer l'effectivité de dispositifs et principes d'ordre public du droit des sociétés (règles impératives sur la protection du patrimoine social, révocabilité ad nutum des dirigeants de la société anonyme, mission légale de contrôle du conseil d'administration- v. supra Partie I sur ces dispositifs d'ordre public dans les deux droits sous comparaison). Mais – exactement à cause de l'existence de ces montages – le contrat de travail entre la société et ses dirigeants n'a pas laissé indifférent l'ordre public sociétaire en aucun des deux pays sous comparaison, notamment pour ce qui concerne les sociétés anonymes.

---

1544 V. sur l'utilisation du contrat de travail entre la société et le dirigeant pour stabiliser la position de ce dernier P. Le Cannu-B. Dondero, no 705 et sur la conclusion d'un contrat de travail entre société et dirigeant dans le cadre d'une cession de contrôle J-Ph. Dom, thèse précitée, nos 217 suiv.

### **Le montage en cause et le droit français**

En France, la question du cumul des fonctions du dirigeant et de la qualité du salarié reçoit traditionnellement sous conditions une réponse de principe affirmative, bien que des doutes et contestations aient aussi existé<sup>1545</sup>. Plus particulièrement pour les SA, la hiérarchie des organes de direction et la multiplication de ces organes prévus par le droit français (v. supra Partie I sur les SA avec conseil d'administration et président – directeur général ou président du conseil et directeur général et la SA avec directoire et conseil de surveillance) ont abouti à une différenciation des solutions en matière de cumul des qualités de dirigeant et de salarié. Le droit français reconnaît ainsi aujourd'hui sous conditions la possibilité pour un salarié d'être nommé administrateur de la SA et de cumuler les qualités du salarié et du dirigeant, en voulant de la sorte encourager une certaine «promotion sociale» du salarié au sein de l'entreprise (art. L225-22 C.com.)<sup>1546</sup>. La jurisprudence déduit toutefois de cette disposition qu'à contrario est prohibée la conclusion d'un contrat de travail avec la société par un administrateur déjà en place, en faisant de la sorte présumer contre un tel contrat d'une manière irréfragable le risque de fraude et de montage illicite; évidemment la prohibition en cause est d'ordre public<sup>1547</sup>. Pourtant, une réforme de 2012 a innové de manière importante en la matière, en permettant aux SA exprimant juridiquement des petites et moyennes entreprises de conclure un contrat de travail avec des administrateurs déjà en place (art. L225-21-1 C. com., renvoyant pour la définition des petites et moyennes entreprises à l'art. 2 de l'annexe de la recommandation 2003/361/CE du 6 mai 2003 de la

---

1545 V. P. Didier, t. 2, p. 234 suiv.

1546 V. M. Cozian - A. Viandier - Fl. Deboissy, no 523. Selon la loi, le contrat de travail doit correspondre à un emploi effectif (la jurisprudence exigeant en plus un lien effectif de subordination) et le nombre des administrateurs titulaires d'un tel contrat ne doit pas dépasser le tiers des administrateurs en fonction. Une condition supplémentaire abrogée en 2001 était l'antériorité de deux ans de contrat de travail par rapport à la nomination du salarié comme administrateur. La loi précise d'ailleurs dans l'al. 1 de l'art. L225-22 que toute nomination intervenue en violation de ces conditions est nulle mais cette nullité n'entraîne pas nullité des délibérations auxquelles a participé l'administrateur-salarié irrégulièrement nommé. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, le contrat de travail du salarié nommé administrateur est suspendu pendant la durée de ses fonctions avec cette dernière qualité, sauf convention contraire (C.cass. Ch. soc. 21 juin L994, Rev. soc. L995, p. 59, note B. Petit, 13 juin 2006 RjDA 10/2006, no 1026.

1547 Un autre fondement de cette solution est l'art. L225-44 C.com., qui prévoit impérativement que les administrateurs ne peuvent percevoir aucune rémunération autre que celle prévue au titre de leur mandat. La jurisprudence considère que le contrat irrégulièrement conclu entre un administrateur déjà en place et la SA souffre de nullité absolue. V. Ch. soc. C. cass. 21 février 2006, RJDA 2006, no 1044. M. Cozian - A. Viandier - Fl. Deboissy, no 522. Ce serait d'ailleurs constitutif de fraude à la loi le montage voulant l'administrateur démissionner de son poste, puis devenir salarié de la société et ensuite administrateur de cette dernière selon l'art. L225-22 C.com, la sanction en étant la nullité absolue du contrat de travail frauduleux – v. C. cass. Ch. com. 18 mai 2005, RJDA 11/2005, no L243.

Commission européenne, lequel à son tour définit généreusement comme petites et moyennes entreprises celles occupant moins de 250 salariés et ayant un chiffre annuel d'affaires n'excédant pas 50 millions d'euros ou un bilan annuel n'excédant pas 43 millions d'euros). Pour ce qui concerne le directeur général de la SA, le droit français ne contient pas de disposition expresse concernant la possibilité d'une conclusion de contrat de travail entre lui et la société, et la solution est de nouveau donnée par la jurisprudence et la doctrine, suivant sa qualité d'administrateur ou non. Ainsi, si le directeur général est administrateur, il y a application du régime présenté ci-dessus sur le cumul de la qualité de salarié et d'administrateur, tandis que dans le cas où le directeur général n'est pas administrateur, il y a application du régime des conventions réglementées pour la conclusion d'un contrat de travail avec la société postérieur à sa nomination comme directeur général (v. supra sur la réglementation impérative des conventions des dirigeants avec la société)<sup>1548</sup>. La nomination d'un salarié comme directeur général avec maintien de sa qualité de salarié semble par contre possible sans procédure spéciale – mais ses tâches comme salarié doivent demeurer distinctes de celles de directeur général<sup>1549</sup>. La jurisprudence semble ainsi admettre que le cumul du contrat de travail et de la position du directeur général peut être utile pour la société, en exigeant toutefois un travail effectif et subordonné pour la validité du contrat. En tout cas, la qualité d'actionnaire majoritaire concourant éventuellement à la personne du directeur général ne semble pas compatible avec l'élément de subordination nécessaire pour la conclusion d'un contrat de travail valable entre la SA et son directeur général, une présomption de fraude et de montage illicite pesant ainsi sur de tels contrats<sup>1550</sup>. Comme pour le directeur général non administrateur, pour les membres du directoire le droit français permet sous conditions non seulement la nomination d'un salarié du SA dans le directoire, mais ainsi la possibilité de la conclusion d'un contrat de travail avec la société par un membre du directoire déjà en place, sous la condition du respect du dispositif sur les conventions réglementées, la jurisprudence jugeant toutefois incompatible le cumul de la qualité éventuelle du membre du directoire actionnaire majoritaire avec celle du salarié de la société<sup>1551</sup>. Le cumul de la qualité du membre du conseil de surveillance avec celle du salarié est en plus désormais sous conditions expressément permis (L225-85

---

1548 V. M. Cozian - A. Viandier - Fl. Deboissy, no 558, 559 et no 563 sur le directeur général délégué.

<sup>1549</sup> V. Ph. Merle, no 432.

1550 M. Cozian - A. Viandier - Fl. Deboissy, no 558.

1551 L'emploi doit être effectif et distinct de la fonction directoriale. V. CA Versailles 12 février 2004, RJDA 12/2004, no 1324 sur le refus du cumul de la qualité du salarié et du membre du directoire pour l'actionnaire juridique majoritaire de la société - M. Cozian - A. Viandier - Fl. Deboissy, no 654.

C.com.)<sup>1552</sup>. Il est à noter aussi qu'en matière de cumul des qualités du dirigeant d'une SA des sociétés cotées et de salarié, un rôle important – et restrictif – viennent désormais jouer en France les recommandations des organisations professionnelles, sorte d' «ordre privé» économique venant «compléter» la réglementation d'ordre public en la matière, dans le cadre plus général de la problématique de la «gouvernance d'entreprise» et de la rencontre entre ordre public et ordre privé économiques dans le domaine des sociétés cotées (v. supra Partie I)<sup>1553</sup>. En matière des SARL - à défaut de disposition spéciale impérative – le cumul des qualités de gérant et de salarié est en principe libre, mais le gérant voulant conclure un contrat de travail avec la société doit respecter la procédure des conventions réglementées (v. supra) et il doit s'agir d'un contrat de travail effectif et créant un lien de subordination, non d'un procédé fictif destiné à améliorer artificiellement la position du gérant dans la société ; une fois de plus, la qualité d'associé majoritaire du dirigeant de la SARL exclut le concours de l'élément essentiel de lien de subordination nécessaire pour la conclusion d'un contrat de travail entre le gérant et la SARL<sup>1554</sup>. Pour les sociétés de personnes, de nouveau à défaut d'une disposition impérative expresse de la loi, vaut le même principe de liberté pour la conclusion d'un contrat de travail entre le gérant de la société, en plus sans procédure de convention réglementée – pourtant, une fois de plus il doit s'agir de travail effectif et avec lien de subordination entre la société et le gérant<sup>1555</sup>.

### **Le contrat de travail entre société et dirigeant comme montage en droit grec**

Quand nous parlons de contrat de travail entre le dirigeant – notamment d'une AE – avec la société, nous devons tout d'abord dissiper un malentendu possible, à savoir préciser que nous parlons d'une relation spéciale de travail, surtout de travail subordonné, non de la relation juridique de base liant selon une partie importante de la doctrine grecque le dirigeant et la société, résultant de l'acceptation de sa part de son élection comme administrateur, étant distincte de ses fonctions organiques et concernant les rapports internes entre société et administrateur ; cette relation de base est qualifiée si elle est

---

1552 V. M. Cozian - A. Viandier - Fl. Deboissy, no 661. Le contrat de travail d'un membre du conseil de surveillance avec la société est une convention réglementée, l'emploi doit être effectif et le nombre des membres du conseil salariés ne doit pas dépasser le tiers de leur ensemble.

1553 Il s'agit d'une recommandation commune du MEDEF et de l'AFEP de 2008 et exigeant qu'il soit mis fin dans les sociétés cotées au cumul de mandats sociaux et de contrats de travail.

1554 C. cass. Ch. com. 11 juillet 1995, RJDA 1995, p. 807, M. Cozian - A. Viandier - Fl. Deboissy, nos 1040, 1041.

1555 M. Cozian - A. Viandier - Fl. Deboissy, nos 1151, 1153. Pour la licéité plus généralement de la qualité de salarié avec celle de l'associé en nom (contesté sur le fondement de l'argument que les qualités de salarié et de commerçant sont incompatibles) v. CA Paris 4 novembre 2003, JCP E 2004, 1510, no 5, obs. J.-J. Caussain- Fl. Deboissy- G. Wicker.

rémunéré de contrat de services indépendants, auquel sont applicables certaines dispositions de droit commun de l'AK sur le contrat de travail (art. 648 suiv. AK) et son existence n'influence pas selon l'opinion dominante la révocabilité ad nutum des administrateurs<sup>1556</sup>. Nous examinons de la sorte dans cette unité l'existence éventuelle d'un contrat de travail surtout subordonné entre l'administrateur et la société distinct de ses fonctions d'administrateur, comme c'est le cas dans la problématique que nous avons présentée ci-dessus pour le droit français. Il est pourtant à noter que la plus grande concentration du pouvoir dans les sociétés anonymes grecques et la moindre dissociation entre «propriété» et contrôle dans ces sociétés par rapport à celles françaises rendent moins probable l'utilisation dans les AE du contrat de travail subordonné avec le dirigeant comme moyen de stabilisation de sa position dans la société. Pourtant, les autres utilités du contrat en cause comme montage pour le dirigeant intéressé sont potentiellement existantes en Grèce comme en France, et le cumul de la qualité d'administrateur avec un contrat de travail avec la société est très répandu en Grèce<sup>1557</sup>. Pour ce qui concerne le régime juridique de ces contrats, la formulation de l'article 24 par. 3 L2190/1920, parlant de rémunérations des administrateurs dues pour des services procurées par eux à la société anonyme sur le fondement de relations spéciales de contrat de travail ou de mandat, avait donné lieu à des contestations : les contrats de travail subordonné entre société et administrateurs déjà en place étaient ainsi pour un courant d'auteurs libres, tandis que pour d'autres auteurs il s'agissait de conventions réglementées, soumises pour leur validité à

---

1556 V. supra Partie I sur le débat. La relation de base peut être qualifiée selon l'opinion dominante dans la doctrine soit de mandat (le mandat non rémunéré du droit grec – art. 713 suiv. AK) soit de contrat de services indépendants, s'il s'agit d'une relation rémunérée, cas dans lequel sont appliquées les dispositions de l'AK sur le contrat de travail en général (art. 648 suiv.). Dans ce dernier cas, pour une partie importante de la doctrine, si le contrat est à durée déterminée, la révocation de l'administrateur n'emporte pas résiliation du contrat de services indépendants entre le dirigeant et la société, sauf si la révocation est due au concours d'une cause grave ; selon cette même opinion, la société doit à l'administrateur révoqué sans cause grave sa rémunération jusqu'à l'expiration de la durée de son contrat de services indépendants – v. N. Rokas, p. 283-284, 293-294. Pourtant, cet effort de «contractualisation» de la relation entre l'administrateur et la société (avec le droit de contrats venant influencer indirectement le régime de la révocabilité ad nutum du droit de la société anonyme) n'a pas rallié le soutien de l'opinion majoritaire et de la jurisprudence- v. p. ex. Areios Pagos 907/1998, EEmpD 1999, p. 743 : la qualification par les statuts de la relation de base entre le conseiller dirigeant et la société anonyme comme contrat de travail et notamment sa durée déterminée convenue sont écartées par cet arrêt, qui insiste sur la révocabilité ad nutum du dirigeant par l'assemblée (y compris la relation de base le liant à la société), sur le fondement toutefois de la qualification de la relation de base entre dirigeant et sociétés impérativement comme mandat, même s'il s'agit de relation rémunérée. Cette jurisprudence s'inscrit donc dans une logique «institutionnelle» de la question de la révocation des dirigeants de l'AE. L'arrêt insiste d'ailleurs sur la distinction entre cette relation de base dirigeant-société et d'un contrat spécial de travail entre les mêmes personnes, contrat qui n'existait pas dans l'affaire jugée.

<sup>1557</sup> V. N. Rokas, manuel précité, p. 284.

l'autorisation préalable de l'assemblée ordinaire, sauf s'il s'agissait de contrats de travail constituant des « opérations courantes »<sup>1558</sup>. La jurisprudence grecque adopte cette dernière position, en soumettant les contrats de travail conclus entre la société et les administrateurs déjà en place à la réglementation impérative plus générale des conventions entre la société anonyme et ses dirigeants (v. supra), en se rapprochant ainsi de la conception française sur le cumul du contrat de travail et de la qualité de membre du directoire et du conseil de surveillance, sauf qualification du contrat de travail d'« opération courante » ; cette solution est plus protectrice des intérêts de la société, bien qu'on puisse en plus se demander combien il est probable de rencontrer des contrats de travail entre société et administrateurs constituant de simples « opérations courantes » échappant à la procédure des conventions réglementées<sup>1559</sup>. La nomination de salariés comme administrateurs semble par contre dans son principe libre. La structure plus simple du pouvoir dans la société anonyme grecque (AE) a permis ainsi une solution plus simple que celle retenue en droit français pour le cumul des qualités du dirigeant et du salarié, avec la différenciation de régime entre administrateurs, directeur général non administrateurs, membres du directoire ou du conseil de surveillance. Le droit grec ne reprend pas par ailleurs la prohibition du droit français de la conclusion de contrats de travail par les administrateurs déjà en place, ni les limitations d'ordre public du droit français concernant le nombre des administrateurs salariés, avec la seule prévision impérative de l'existence d'un minimum d'administrateurs « indépendants » dans les AE cotées (v. supra Partie I sur la gouvernance d'entreprise « à la grecque »). La jurisprudence grecque ne semble pas en plus reprendre la présomption irréfragable contre l'existence d'un lien de subordination que la jurisprudence française retient à l'égard de l'actionnaire majoritaire, en lui refusant ainsi la possibilité de conclusion d'un contrat de

---

1558 V. Eph. (CA) Athènes 3756/1974, EEmpD 1974 p. 431, I. Markou (consultation), E. Tr. Ax. Chr. D. 2007, p. 837 suiv.). V. sur le débat N. Rokas, manuel précité, p. 302-303.

1559 Ainsi la jurisprudence d'Areios Pagos depuis Ass. Pl. 32/1975, EEmpD 1975, p. 484. La possibilité de la qualification d'un contrat de travail comme « opération courante » laissée par le recours à l'art. 23a complique inutilement les choses, le terme de l'opération courante étant destiné aux relations des sociétés avec des clients ou fournisseurs, recours contraire aux solutions du droit français, qui ne distingue pas en matière de contrat de travail entre opération courante ou non. Pourtant, la jurisprudence grecque semble généralement écarter l'existence de cas de contrats de travail entre société et administrateur constituant des « opérations courantes » - v. p. ex. Areios Pagos 151/2005, Chr. I. D. 2005, p. 745. Selon N. Rokas (p. 303) le caractère du contrat de travail comme opération courante sera apprécié selon la hauteur de la rémunération convenue et les autres termes du contrat. Un contrat de travail entre la société anonyme et l'administrateur non autorisé par l'assemblée générale selon les termes de l'art. 23a par. 3 serait nul (v. supra) – on devrait toutefois dans certains cas admettre que l'invocation par la société de cette nullité peut être constitutive d'abus de droit (281 AK – v. I. Markou, consultation précitée). Il est à noter que selon la jurisprudence grecque la procédure des conventions réglementées n'est pas exigée en cas de nomination d'un salarié comme administrateur (Areios Pagos 1364/1990, EEmpD 1991, p. 639).



travail avec sa SA (v. supra). Cette lacune du droit grec semble permettre à l'administrateur-actionnaire majoritaire disposant des deux tiers du capital plus une action d'obtenir dans l'assemblée l'autorisation préalable d'un contrat de travail entre lui et l'AE particulièrement déséquilibré pour cette dernière (v. supra sur la majorité requise dans l'assemblée pour l'autorisation du contrat entre la société et les administrateurs). Néanmoins, nous croyons que dans ce cas des minoritaires pourraient avoir recours pour se protéger contre le montage en cause à la clause générale de prohibition de l'abus de droit contre la décision de l'assemblée autorisant un tel contrat (v. supra, Partie I)<sup>1560</sup>. En tout cas, le contrat de travail entre l'administrateur et l'AE doit être réel, non fictif, et distinct de ses fonctions comme administrateur<sup>1561</sup>. Il est aussi à noter que l'art. 24 par. 3 L2190/1920 exclut les rémunérations de l'administrateur dues sur le fondement d'un contrat de travail entre lui et l'AE du champ d'application du dispositif de contrôle judiciaire des rémunérations et indemnités des administrateurs introduit par les paragraphes 1 et 2 du même article (v. infra)- une exception qui peut favoriser l'utilisation de tels contrats pour l'obtention d'avantages excessifs par le dirigeant (v. toutefois ci-dessus sur la limite que peut poser l'abus de droit en la matière). Le contrat de travail subordonné entre société anonyme et administrateur qui est valable n'est pas résilié selon la jurisprudence grecque ipso facto avec la révocation de l'administrateur de son poste organique, un tel contrat pouvant de la sorte avoir un certain effet dissuasif de fait sur la décision de révocation de l'administrateur<sup>1562</sup>. Pour les autres formes sociales du droit grec, à défaut de dispositions impératives expresses concernant la conclusion de contrats de travail entre le gérant et la société, on doit recourir pour la protection de la société à la prohibition de principe de contrats avec soi-même et d'exercice abusif des pouvoirs du gérant<sup>1563</sup>.

---

1560 Dans ce cas, la décision abusive serait annulable et la prononciation de l'annulation emporterait aussi celle de la convention. V. supra sur la problématique entre l'autorisation des conventions avec le dirigeant par l'assemblée et le droit des faillites.

1561 V. ainsi p. ex. l'arrêt précité 907/1998 d'Areios Pagos insistant sur la séparation entre la relation contractuelle de base entre administrateur et société et une relation éventuelle entre les mêmes personnes qualifiée de contrat de travail subordonné, N. Rokas, op. cit., p. 284.

1562 N. Rokas, op. cit., p. 294.

1563 V. supra, N. Rokas, op. cit., p. 56, plus généralement sur les contrats de travail des associés de sociétés de personnes avec la société (les associés ayant une gérance ex lege selon le type social et la dérogation à ce principe avec nomination d'un gérant unique étant restreinte par le principe d'autogestion – v. supra Partie I). Nous croyons de la sorte que la conclusion valable d'un contrat de travail entre le gérant unique de la société de personnes et la société nécessite l'autorisation de la collectivité des associés, en principe à l'unanimité, sauf prévision contraire des statuts, la décision majoritaire devant en plus ne pas être abusive. Si l'on applique l'art. 235 AK sur le contrat avec soi-même, la conclusion du contrat de travail en cause doit en plus revêtir la forme notariée.

## **C. L'utilisation des actes juridiques concernant des indemnités de départ des dirigeants en cas de révocation comme montages**

### **Les buts du montage en cause**

La stipulation conventionnelle d'indemnités pour le dirigeant en cas de départ à la suite d'une révocation peut être utilisée comme montage si le but vraiment recherché n'est pas simplement d'octroyer au dirigeant révoqué un dédommagement pour son investissement personnel dans la société, mais d'exercer un effet dissuasif à la prise même de la décision de révocation, à cause de la hauteur des sommes devant être versées au dirigeant, compte tenu des capacités financières de la société<sup>1564</sup>. Le montage en cause a du sens dans les sociétés avec un capital social assez dispersé dans lesquelles le dirigeant risque d'être évincé après un changement des équilibres dans le capital social ou de renversement des alliances au sein de la société. Les conventions d'indemnisation du dirigeant dans le cas de révocation peuvent même jouer un rôle comme défenses anti-OPA, en dissuadant l'acquéreur potentiel de lancer son offre publique d'acquisition de la société<sup>1565</sup>. L'utilisation de la convention d'indemnisation du dirigeant en cas de révocation avec un contenu (indemnités trop élevées) et avec un but de dissuader sa révocation est un montage comme nous les entendons, car le but recherché est de restreindre par le recours à une technique contractuelle la liberté des organes compétents de la société et notamment de la société anonyme (conseil d'administration, assemblée générale) de révoquer les dirigeants, liberté qui est d'ordre public dans les deux droit sous comparaison (v. supra, Partie I).

### **Le montage en cause en droit français**

En France, la doctrine reconnaît d'abord le caractère conventionnel des indemnités de départ des dirigeants, bien que la fixation de leurs rémunérations soit traditionnellement réputée relever dans les sociétés anonymes d'un acte unilatéral de l'assemblée pour ce qui concerne les administrateurs et pour ce qui concerne le président-directeur général et le

---

1564 V. sur l'effet possible des indemnités de départ sur la libre révocabilité des dirigeants Ph. Merle, op. cit., no 386, et sur les parachutes dorés utilisés dans un but de fronde dans les groupes internationaux de sociétés J.- Ph. Dom, thèse précitée, no 701 .

1565 A. Viandier «OPA-OPE ... », no 662 sur l'utilisation des golden parachutes comme moyen de défense anti-OPA aux Etats-Unis. Un effet dissuasif doit être reconnu à ces clauses même dans le cas des sociétés cotées, dans lesquelles il est difficile de concevoir des clauses d'indemnisation prévoyant des sommes tellement importantes qu'elles puissent exercer un effet dissuasif au sens absolue, compte tenu de la taille de ces sociétés notamment en France.

directeur général d'un acte unilatéral du conseil d'administration<sup>1566</sup>. La jurisprudence française était dans le passé très hostile à l'égard des conventions d'indemnisation du président-directeur général du conseil d'administration en cas de révocation, en les regardant comme contraires directement au droit d'ordre public sociétaire du conseil et indirectement à celui de l'assemblée générale de révoquer ad nutum le président-directeur général, sans faire en plus distinction entre conventions d'indemnisation ayant ou non un but dissuasif<sup>1567</sup>. Aujourd'hui le droit français est réputé avoir trouvé un point d'équilibre en la matière et la jurisprudence considère que les conventions d'indemnisation des dirigeants sont soumises au régime impératif des conventions réglementées<sup>1568</sup>. Il résulte de cette évolution que les conventions d'indemnisation ne sont pas désormais vues comme ipso facto illicites. Pourtant, selon la jurisprudence française actuelle les conventions en cause doivent pour être valables ne pas avoir un effet dissuasif sur la possibilité de la société de révoquer ses dirigeants ou être contraires à l'intérêt social, même à l'absence d'un effet dissuasif, et c'est par le biais de ces mécanismes que la jurisprudence s'efforce de combattre les montages frauduleux ou nuisibles à la société mis en place par le biais de conventions d'indemnisation des dirigeants<sup>1569</sup>. Ces limites excluent ainsi en droit l'utilisation des indemnisations des dirigeants comme moyen de défense anti-OPA<sup>1570</sup>. En plus, dans le

---

1566 M. Cozian-A. Viandier-FI. Deboissy, no 543, et plus généralement sur le régime de ces conventions nos 545 suiv. (no 550 sur la fiscalité), 567 suiv.

1567 V. par ex. dans les années 1990 CA Paris, 26 sept. 1991, Dr. Soc. 1992, No 34, 5 juillet 1996, BRDA No 18, 1996, p. 5.

1568 M. Cozian - A. Viandier - FI. Deboissy, *ibid*.

1569 V. p. ex. Ch. Com. C. cass. 4 juin, RJDA février 1997, no 224, 26 mai 2004, JCP E 2004, 1344, note A. Viandier. Dans cette dernière affaire, il s'agissait d'un montage organisant les relations entre le cédant et le cessionnaire du contrôle d'une société, dans le but de garantir au premier sa présence – du moins pour un temps donné – dans la société. Le cessionnaire avait pris ainsi l'engagement de maintenir le cédant comme directeur général (au sens du terme avant la réforme de 2001) et en plus de faire la société lui octroyer une indemnité de départ de douze mois de salaire pour une période donnée et pour n'importe quelle raison de cessation de ses fonctions. Le cessionnaire du contrôle a octroyé cette dernière clause au cédant avec sa qualité de président-directeur général de la société. Dans le litige qui a suivi, les juges du fond n'ont pas considéré ipso facto illicite la clause d'indemnisation du directeur général en cas de révocation, mais ils ont recherché combien la prévision que l'indemnisation serait due pour toute cause de révocation ainsi que la hauteur de sa somme portaient atteinte au droit d'ordre public de la société de révoquer le dirigeant. Les juges du fond ont jugé qu'un tel effet dissuasif existait vraiment (y égard notamment que l'indemnité promise égalait la moitié du bénéfice actuel de la société) et la Cour de cassation a considéré que leur arrêt était légalement motivé (pour la Cour de cassation l'existence de l'effet dissuasif de la clause d'indemnisation relève de l'appréciation souveraine des juges du fond). De la sorte l'ordre public sociétaire maintient son effectivité face aux efforts des particuliers d'organiser la neutralisation de ses effets (dans notre cas, la révocabilité ad nutum des dirigeants sociaux). D'ailleurs, en dehors de la recherche du concours d'un effet dissuasif à la libre révocabilité, des clauses d'indemnisation de départ du dirigeant peuvent être nulles pour opposition à l'intérêt social (p. ex. octroi d'indemnisation même au dirigeant révoqué pour faute caractérisée). V. M. Cozian – A. Viandier – FI. Deboissy, no 547.

<sup>1570</sup> V. A. Viandier, *op. cit.*, no 663.

domaine des sociétés cotées, le législateur est expressément intervenu en 2005, à la suite d'un bouleversement de l'opinion public jugeant excessives les indemnités de départ de certains dirigeants qui avaient conduit leurs sociétés à des pertes considérables, en imposant non seulement la soumission des conventions en cause au régime des conventions réglementées, mais aussi la subordination de ces indemnités à des conditions liées aux performances de leur bénéficiaire (art. L225-42-1 C.com.).

### **Le montage en cause en droit grec**

En Grèce, les conventions d'indemnisation des dirigeants en cas de leur révocation n'ont pas attiré beaucoup l'attention par leur utilisation comme montages avec effet dissuasif, à cause du caractère largement concentré de la participation au capital et le degré de beaucoup moindre en Grèce qu'en France de dissociation entre la «propriété» de la société et le pouvoir dans cette dernière. Le montage de la fixation d'indemnisation de départ en cas de révocation très élevée pour le dirigeant dans le but d'exercer un effet dissuasif de la révocation est aussi de moindre intérêt en Grèce qu'en France. Comme nous avons vu supra, l'opinion dominante refuse de reconnaître un droit de l'administrateur au maintien du contrat de la relation de base le liant à la société (qui peut être un mandat, si l'administrateur n'est pas rémunéré, ou un contrat de services indépendants auquel sont applicables certaines des dispositions du droit commun sur le contrat de travail, si l'administrateur est rémunéré) à la suite de sa révocation de son poste organique même en cas d'absence de cause grave de révocation (v. supra) ; pour le dire autrement, on doit admettre sur le même fondement de révocabilité ad nutum que la révocation de l'administrateur de son poste organique même sans cause grave emporte résiliation de la relation de base constituant un contrat de services indépendants le liant à la société sans le droit ex lege du droit commun d'indemnisation pour le cas de résiliation sans cause grave d'un tel contrat à durée déterminée (v. supra sur la distinction entre le poste organique et relation fondamentale liant la société à l'administrateur et la distinction entre cette relation de base et des contrats spéciaux de travail ou de mandat qui peuvent lier l'administrateur et la société), bien que l'opinion contraire ait aussi un soutien important<sup>1571</sup>. Une opinion qui semble dominante dans la doctrine grecque soutient aussi la possibilité d'indemnisation de l'administrateur comme conséquence de sa révocation constituant abus de droit (art. 281

---

<sup>1571</sup> V. ainsi l'arrêt précité 907/1998 d'Areios Pagos et contra V. Antonopoulos, manuel précité sur les AE et EPE, p. 394, N. Rokas, manuel précité, p. 293-294, ces auteurs soutenant qu'il serait mieux d'admettre que la relation de base vue comme un contrat de services indépendants n'est pas interrompue en cas de révocation du poste organique sans cause grave et que l'administrateur révoqué maintient un droit sur les rémunérations qui lui sont dues jusqu'à la fin de la durée de son contrat.

AK), le contrôle de l'existence de l'abus pouvant aller plus loin que celui du droit français d'une révocation dans des circonstances constitutives d'atteinte à la personnalité du dirigeant (v. infra sur la question de la possibilité en droit grec de contrôle de la validité de la révocation elle-même sur le fondement de l'abus de droit), mais ce point est aussi débattu, car pour certains auteurs grecs la révocation de l'administrateur est voulue par la loi comme *ad nutum* au sens du discrétionnaire et n'est pas susceptible de contrôle selon le principe du droit commun de la prohibition de l'abus de droit<sup>1572</sup>. L'opinion dominante dans la doctrine et, semble-t-il, dans la jurisprudence refuse aussi d'admettre, comme c'était aussi traditionnellement le cas en droit français, toute prévision statutaire d'indemnisation de l'administrateur en cas de révocation, sur le fondement de l'argument que le droit d'ordre public de l'assemblée ordinaire de révocation des administrateurs ne souffre d'aucune restriction, et si l'on suit cette opinion on devrait a fortiori exclure les indemnités conventionnelles résultant de la rencontre de la volonté de l'administrateur et de celle de la société exprimée par ses organes<sup>1573</sup>. Pourtant, comme a montré l'évolution du droit français, on devrait accepter sur le fondement de la liberté contractuelle la licéité de principe de la prévision expresse d'indemnités de départ pour l'administrateur dans sa relation de base le liant avec la société (v. supra), pourvu que l'indemnisation prévue ne dissuade pas la révocation *ad nutum* de l'administrateur par l'assemblée. Ne serait pas de la sorte contraire au principe d'ordre public de révocabilité *ad nutum* des administrateurs toute restriction du droit de révocation par la prévision d'indemnités de départ, mais seulement la prévision de clauses d'indemnisation qui pourraient, par leur montant et compte tenu des capacités financières de la société, exercer un véritable effet dissuasif sur la prise de décision de révocation ; de telles clauses ne devraient pas non plus être contraires à l'intérêt social et aux bonnes moeurs, notamment en prévoyant un droit du dirigeant à une indemnisation même si la révocation est due à faute grave de gestion de sa part (v. supra sur ces solutions en droit français). Pour la fixation de ces indemnités, si l'on admet leur licéité de principe, on doit avoir en plus recours au dispositif impératif de la loi 2190/1920 de fixation des rémunérations des administrateurs. Ainsi, comme le droit grec des sociétés anonymes ne prévoit pas une hiérarchisation *ex lege* et d'ordre public des organes de direction de la société, à la différence du droit français (v. supra Partie I), toute rémunération de tout administrateur – y compris celui auquel est essentiellement confiée la

---

<sup>1572</sup> Pour l'admission d'un droit d'indemnisation en cas de révocation constituant abus de droit N. Rokas, op. cit., p. 294, note 45, Pol. Prot. (TGI) Athènes 1681/1976, EEmpD 1977, p. 65, Mon. Prot. (TI) Athènes 1552/2003, EEmpD 2004, p. 311. Contra V. Antonopoulos, op. cit., p. 394, excluant la question de l'abus de droit non seulement pour ce qui concerne la validité de la décision de révocation, mais aussi plus généralement.

<sup>1573</sup> V. l'arrêt précité 907/1998 d'Areios Pagos et V. Antonopoulos, op. cit., p. 393.

direction quotidienne et la représentation de l'AE sur fondement de délégation statutaire de pouvoirs (v. supra) – doit être fixée impérativement soit par les statuts, soit par décision spéciale de l'assemblée ordinaire, une délégation de ce pouvoir n'étant pas possible. La fixation de la rémunération des administrateurs jouant le rôle correspondant au directeur général du droit français n'est de la sorte en droit grec jamais confié au conseil d'administration, à la différence du droit français (24 par. 2 L2190/1920). L'article en cause parle d'ailleurs expressément de toute indemnité octroyée aux administrateurs –et l'on pourrait y rattacher la prévision d'indemnités de départ, si l'on parvient à l'admettre dans son principe - pour la soumettre à la décision spéciale de l'assemblée générale ordinaire des actionnaires, sauf prévision statutaire sur la hauteur de cette indemnisation<sup>1574</sup>. En plus, particularité importante et intéressante du droit grec, le même article offre la possibilité au tribunal de diminuer les indemnités et les autres rémunérations des administrateurs fixées par l'assemblée et jugées excessives, si des actionnaires représentant le dixième du capital social se sont opposés à la décision et agissent en justice dans ce but, disposition évidemment d'ordre public<sup>1575</sup>. Une fois de plus nous voyons aussi le droit grec confier la préservation de l'intérêt social à l'initiative de la minorité de la société. Nous observons aussi l'introduction d'une possibilité de réforme en justice d'un contrat qui est exceptionnelle par rapport au principe général du droit grec de l'autonomie privée, dispositif reconnaissant la possibilité d'un conflit d'intérêts entre la société anonyme et la majorité de ses actionnaires ayant voté en assemblée pour l'adoption de l'indemnité litigieuse. Ce dispositif d'ordre public pourrait jouer un rôle protecteur afin que l'introduction d'indemnités de départ n'exerce pas un effet dissuasif à la liberté de révocation des administrateurs. Le problème pourrait se poser toutefois des clauses d'indemnisation excessive du dirigeant révoqué introduites soit par les statuts eux-mêmes, soit par l'assemblée sans opposition de la minorité du dixième du capital social ; en plus, le dispositif de l'art. 24 sur la fixation des rémunérations et indemnités soit par les statuts, soit par l'assemblée et la possibilité de leur diminution par décision judiciaire n'est pas applicable ni aux conventions spéciales de mandat ou de travail éventuellement conclues entre la société et son administrateur parallèlement à sa relation fondamentale avec la société (v. supra sur l'effet dissuasif que peuvent exercer de telles relations –distinctes de la relation fondamentale entre dirigeant et société- sur la prise de décision de révocation), ni aux rémunérations des personnes exerçant des pouvoirs organiques dans la société sur fondement de délégation statutaire sans être administrateurs (directeurs généraux –v. supra). Dans tous ces cas de figure, on

---

1574 Sur ce dispositif v. plus généralement N. Rokas, p. 304 suiv.

1575 N. Rokas, *ibid.*

doit recourir directement au principe d'ordre public de révocabilité ad nutum des personnes exerçant un pouvoir organique dans la société et réputer nulles les clauses d'indemnisation pour le cas de révocation mais aussi pour le cas de rupture de la relation parallèle spéciale éventuellement existant entre société et dirigeant (mandat, contrat de travail), rupture pouvant devenir nécessaire à la suite de la révocation selon la nature de ces conventions, si les clauses en cause peuvent par les montants prévus et compte tenu la capacité financière de la société exercer directement ou indirectement un effet dissuasif à la décision de l'assemblée ou du conseil de révoquer leurs bénéficiaires<sup>1576</sup>.

#### **D. Le contrat de management comme montage sociétaire**

##### **Généralités**

Le contrat de management ou de gestion d'entreprise est une technique de provenance anglo-saxonne, utilisée comme méthode d'intégration économique, qui crée une situation de symbiose entre les règles du droit des sociétés et des règles de provenance contractuelle<sup>1577</sup>. Le contrat de management est défini comme le contrat par lequel une entreprise – normalement une société – propriétaire des murs et de l'équipement d'une exploitation en confie contre rémunération la gestion à une société spécialisée dans l'activité projetée et disposant d'un important savoir-faire<sup>1578</sup>. Pour la doctrine française, il s'agit d'un contrat complexe, combinant des éléments du contrat de mandat et du contrat d'entreprise, tandis que pour la doctrine grecque il s'agit d'une combinaison d'éléments des contrats de mandat, de services indépendants et d'entreprise<sup>1579</sup>. L'«économie» du contrat de management est qu'une société faisant normalement son début dans une activité

---

1576 V. la critique du Pr. N. Rokas, p. 305 suiv. sur les lacunes que laisse le dispositif de l'art. 24 § 2. Pour un refus général de reconnaissance de la possibilité d'une prévision conventionnelle d'indemnités de départ au profit du délégataire du pouvoir, sur le fondement de sa révocabilité ad nutum, v. V. Antonopoulos, op. cit., p. 437.

1577 Ph. Merle «Contrat de management et organisation des pouvoirs dans la société anonyme», D. 1975, Chr. 245, K. Torbey «Les contrats de franchise et de management à l'épreuve du droit des sociétés. Etude de droit français et de droit libanais», préf. Ph. Merle, LGDJ 2002 et (en grec) L. Athanassiou «Le contrat de gestion de société (management contract)». El. Dik. 2004, p. 973, St. Georgiadis «Le contrat de direction et de gestion d'une entreprise (management agreement) Chr. I. D. 2003, p. 603, L. Kotsiris (consultation), DEE 2000, p. 1062.

1578 K. Torbey, thèse précitée, no 31.

1579 Sur l'analyse de la doctrine française v. K. Torbey, op. cit., no 147 suiv. et pour le droit grec L. Athanassiou op. cit. p. 978. Il est à rappeler que pour le droit grec le mandat est le contrat par lequel une personne assume l'obligation de gérer une affaire (au sens large du terme juridique ou matériel) pour le compte de son cocontractant et qu'il s'agit pour le Code civil grec d'un contrat à titre gratuit. Sur le fondement du mandat le mandataire peut recevoir une procuration pour opérer des actes juridiques au nom du mandant.

économique apporte le financement et le matériel nécessaire pour l'exploitation envisagée, tout en assumant le risque de cette exploitation, tandis qu'une autre société, beaucoup mieux établie dans ce secteur (le plus souvent une multinationale ou une société spécialisée dans le management d'entreprises de ce secteur) offre son savoir-faire et sa capacité de gestion, avec comme contrepartie une rémunération, le plus souvent convenue comme pourcentage sur les bénéfices de l'exploitation<sup>1580</sup>. Le contrat de management est le plus souvent utilisé dans le domaine de l'hôtellerie et dans celui de la marine commerciale, chose particulièrement importante pour la Grèce<sup>1581</sup>. Il est d'autre part vrai que dans le cas de la marine commerciale grecque les sociétés propriétaires de navires et les sociétés de gestion (le plus souvent toutes des sociétés off-shore) expriment les mêmes intérêts et qu'il s'agit essentiellement de techniques d'organisation de la même entreprise du même maître de l'affaire (v. supra sur l'entreprise individuelle mise sous forme de société et infra sur les single-ship companies dans les groupes de sociétés), non des contrats de management conclus entre des entités essentiellement différentes. D'un premier abord, le contrat de management semble contraire dans ses effets complets à l'ordre public sociétaire aussi bien français que grec, car il aboutit par voie de convention à confier l'essentiel du pouvoir au sein d'une société dans le cadre de la poursuite de son objet social à une autre société, tandis que pour l'ordre public sociétaire classique chaque société est une entité juridique autonome, sa gestion appartenant à ses organes de gestion, de direction et de représentation définis par la loi ; de la sorte, un transfert in globo par le biais du contrat de management de ce pouvoir à une autre société ne peut pas être considéré licite du point de vue de droit des sociétés et de son ordre public. D'où une série d'efforts d'intégrer la société de gestion d'une ou d'autre manière dans la structure de la société gérée, en évitant un conflit direct avec l'ordre public sociétaire, tout en aboutissant au même résultat, à savoir le transfert de l'essentiel du pouvoir à la société de gestion. La symbiose entre les règles de provenance contractuelle organisant un transfert de pouvoirs normalement à longue durée et celles de provenance du droit des sociétés ainsi que les efforts de produire une relation atypique au sein de la société gérée, en restreignant les effets de l'application normale de l'ordre public sociétaire, font du contrat de management un montage tel que nous les entendons, d'autant plus que ce dernier est souvent complété par des conventions par le biais desquelles les actionnaires de la société gérée assument des obligations à l'égard de la société de gestion.

---

1580 Le maintien du risqué économique de l'exploitation par la société propriétaire est l'élément principal qui distingue le contrat de management du contrat de location-gérance, v. K. Torbey, op. cit., no 150.

1581 V. L. Athanassiou, op. cit., p. 974-975.



### **Le contrat de management et l'ordre public sociétaire français**

Les efforts d'internalisation du contrat de management à la structure de la société gérée sont en droit français d'un succès possible variable. Ainsi, dans la SNC cette internalisation se présente assez facile, car le droit français permet aux associés de confier la gestion de leur société à un tiers, qui en plus peut être une personne morale (L221-3 C.com.). Ainsi, les effets du contrat de management peuvent être intégrés normalement à la logique du droit des sociétés, la société de gestion étant nommée gérante unique de la société gérée sous forme de SNC, le conflit avec l'ordre public sociétaire étant de la sorte évité<sup>1582</sup>. Pourtant, la responsabilité impérativement indéfinie et solidaire dans les SNC rend peu probable le recours à cette forme sociale pour les partenaires de la société de gestion dans les domaines avec besoins de financement et de risques élevés, comme c'est le cas avec les domaines d'élection du contrat de management. La situation est contraire dans les SARL, dans lesquelles le risque des associés est limité, mais le gérant doit impérativement être une personne physique (art. L 223-18 C.com.), l'«internalisation» normale du contrat de management dans la structure de la société gérée se trouvant ainsi empêchée, car la société de gestion ne peut pas être nommée gérante de la première<sup>1583</sup>. Le même problème se présente en principe dans la SA, qui pourtant est le type social économiquement le plus approprié pour la contrat de management<sup>1584</sup>. Le droit français exige ainsi impérativement pour les organes sociaux pouvant assumer les pouvoirs de chefs d'entreprise (président-directeur général ou directeur général, membres du directoire) la qualité de personne physique (L225-47, L225-51-1 C.com.), en en excluant les personnes morales et par conséquent la société de gestion. Des efforts pour contourner absolument cet obstacle soit par le recours à la technique de la délégation générale de l'ensemble du pouvoir à la société de gestion soit par la nomination de personnes physiques de la confiance de la société de gestion aux organes de direction de la SA gérée sont du point de vue juridique soit inopérantes, soit problématiques<sup>1585</sup>. La doctrine accepte pourtant la

---

1582 V. Torbey, op. cit., nos 303 suiv.

1583 V. K. Torbey, ibid, sur la SARL dans le cadre de contrats de franchise et de management.

1584 Sur les limites que l'ordre public sociétaire français pose pour le contrat de management quand il s'agit d'une SA v. K. Torbey, op. cit., nos 462 suiv.

1585 Si les mandats spéciaux par le conseil d'administration de la SA à des administrateurs des actionnaires ou des tiers sont permis en droit français (R225-29 C.com.) une délégation générale des pouvoirs du conseil ou du président-directeur général à un tiers (dans notre cas la société de gestion) serait condamnée, car contraire au caractère d'ordre public des organes de la SA (v. supra Partie I et K. Torbey, op. cit., nos 976 suiv.) Nul serait aussi en droit français l'octroi à la société de gestion d'un pouvoir de nommer les membres de conseil d'administration de la société gérée, car ce

possibilité d'un partage des pouvoirs entre la société de gestion et de président-directeur général ou directeur général de la société propriétaire sous forme de délégation du second à la première, pourvu que le directeur général ne soit pas déssaisi d'un «noyau» légal impératif de pouvoirs et que l'intérêt social soit respecté<sup>1586</sup>. Cette solution de compromis illustre d'ailleurs parfaitement le caractère de montage de la situation produite par le contrat de management, avec la symbiose de règles de provenance contractuelle et du droit des sociétés et avec une restriction de effets normaux d'application de l'ordre public sociétaire, avec le partage des pouvoirs produits entre les organes sociaux légalement et impérativement désignés et un tiers. L'internalisation la plus parfaite du contrat de management dans la structure de la société gérée se fait pourtant en droit français dans la forme sociale de la SAS, car cette dernière combine le risque limité recherché par les partenaires de la société de gestion avec la possibilité de confier directement à cette dernière le pouvoir du chef d'entreprise dans la société, car le président d'une SAS peut être une personne morale (L227-6 C.com.), en plus non actionnaire<sup>1587</sup>.

### **Le contrat de management et l'ordre public sociétaire grec**

En droit grec des sociétés de personnes vaut le principe d'ordre public dit d'autogestion, à la différence du droit français, au sens que seulement des associés à risques illimités peuvent devenir gérants de ces sociétés (v. supra Partie I sur ce principe

---

pouvoir appartient selon le droit français impérativement à l'assemblée des actionnaires. Il reste la possibilité de l'élection comme membres du conseil d'administration par l'assemblée de personnes de la confiance de la société de gestion sur le fondement de pactes entre cette dernière et les actionnaires – mais une complication s'insère ainsi dans la structure de la coopération, ainsi qu'une rupture de la connexion entre le pouvoir dans la société (essentiellement la société de gestion) et la responsabilité des dirigeants (les membres du conseil d'administration agissant essentiellement sous les instructions de la société de gestion).

1586 V. K. Torbey, op. cit., nos 494 suiv., spéc. 509 à 516. Le président-directeur général de la SA propriétaire doit ainsi impérativement maintenir le droit de représenter la société à l'égard des tiers et un droit de regard et de surveillance sur la gestion effectuée par la société de gestion ainsi que de percevoir les bénéfices de l'exploitation. Les comptes sociaux de la société propriétaire sont toujours impérativement rédigés par son conseil d'administration, la société propriétaire ayant ainsi un accès permanent à la comptabilité. Selon M. Torbey (op. cit. no 511), le minimum de prérogatives que requiert la société de gestion et qui lui sont déléguées englobent dans le secteur de l'hôtellerie «l'embauche et le licenciement du personnel, la détermination des conditions d'emploi, la fixation des tarifs (ceux des repas et des nuitées), la prise en charge du système des réservations, la réception des fonds et l'engagement des dépenses plafonnées par un montant déterminé dans le contrat, les relations avec les fournisseurs, la réalisation de la campagne de publicité». Sur la qualification de la société de gestion du dirigeant de fait de la SA propriétaire et les sanctions du droit des procédures pouvant en découler pour la première en cas de mise en procédure collective de la seconde v. Ch. Com. C.cass. 9 déc. 1995, Rév. soc. 1996, p. 347, obs. Ph. Le Tourneau, K. Torbey, op. cit., nos 752 suiv.

1587 Sur la SAS et la SASU dans le cadre du contrat de management v. K. Torbey, op. cit., nos 426, suiv., notamment sur les modalités possibles du partage du pouvoir au sein de la société gérée.

d'inspiration allemande et le débat autour de lui). De la sorte, à la différence de ce qui vaut en droit français, n'est pas possible l'«internalisation» du contrat de management à la structure d'une société en nom collectif avec la nomination comme gérante de la société de gestion. Si l'on prend au sérieux le principe d'autogestion et son caractère d'ordre public, on devrait conclure que seraient nuls comme frauduleux les procédés aboutissant au même effet que la nomination de la société de gestion comme gérante (p.ex. prévision dans les statuts de la possibilité d'une délégation générale du pouvoir de gérant à un tiers, procuration avec portée générale et avec pouvoir général de décision octroyée par le gérant de la SNC à la société de gestion – v. d'ailleurs supra Partie I sur le caractère «objectif» de la fraude en droit grec, à la différence de caractère «subjectif» de cette dernière en droit français)<sup>1588</sup>. Pourtant, à la différence du droit français, le droit grec est ouvert à la possibilité d'«internalisation» du contrat de management dans la structure du pouvoir de ses sociétés à responsabilité limitée (EPE), car dans ces dernières il permet de confier la gérance à un tiers, non associé, qui en plus ne doit pas être impérativement personne physique. De la sorte, cette forme sociale particulièrement adaptée aux petites et moyennes entreprises peut être gérée par une société de gestion. Pour les sociétés anonymes du droit grec, les AE, la situation est plus compliquée et en tout cas très différente de celle du droit français, à cause de caractère plus supplétif de la structure de direction de l'AE par rapport à la SA française (v. supra Partie I). Ainsi, comme nous avons vu ci-dessus, les statuts peuvent prévoir la délégation générale du pouvoir de gestion et de représentation de l'AE par le conseil d'administration à un administrateur (qui peut désormais ne pas être actionnaire et peut être une personne morale) ou même à un tiers, qui n'est pas nécessairement une personne physique (art. 22 par. 3 L2190/1920)<sup>1589</sup>. Le droit grec prévoit de la sorte une possibilité de conférer à la société de gestion le pouvoir de direction organique dans l'AE, une possibilité qui ne se retrouve pas en droit français de cette forme sociale (v. supra). Pourtant, le conseil maintient impérativement non seulement un pouvoir de contrôle, de surveillance et de révocation à tout moment de l'administrateur ou du tiers auquel il a délégué ses pouvoirs, mais aussi, selon l'opinion dominante, un droit d'ordre public de donner des instructions et d'exercer parallèlement au délégataire ses pouvoirs de gestion et de représentation de l'AE (v. supra dans le Chapitre précédent sur le débat et les

---

1588 V. sur la problématique de la gestion organique, de la délégation et de la procuration dans les sociétés de personnes grecques (en grec) D. Tzouganatos « Procuration et représentation organique des sociétés commerciales », *Diki* 1997, p. 1052 suiv., spéc. p. 1059-1061, s'exprimant toutefois pour la licéité de l'octroi d'une procuration générale à un tiers, en considérant qu'une telle procuration ne contournerait pas le principe d'autogestion, car le gérant maintient le pouvoir organique dans la société.

1589 V. L. Athanassiou, op. cit., p. 992 suiv.

incertitudes autour de la notion d' « exercice parallèle »)<sup>1590</sup>. Il en résulte ainsi qu'en droit grec l'intégration de la société de gestion dans la structure de l'AE gérée aboutit juridiquement à un dualisme et parallélisme hiérarchisés des pouvoirs avec le conseil d'administration, et on pourrait finalement douter combien cette solution soit juridiquement plus satisfaisante pour la société de gestion que le «partage sans intégration organique» que nous avons rencontré en droit français pour les SA (v. supra). Des difficultés peuvent aussi surgir du conflit possible entre la révocabilité ad nutum du délégataire du pouvoir par le conseil et le droit de la société de gestion à des indemnités à la suite de la rupture du contrat de gestion comme conséquence de sa révocation du poste du délégataire, question qu'on devrait aborder comme un cas particulier de celle sur la rupture de la relation de base entre société et dirigeant et sur les indemnités de départ des dirigeants, une priorité devant être donnée à la liberté de la société de révoquer le délégataire du pouvoir si elle ne lui fait plus confiance (v. supra sur l'absence selon l'opinion dominante d'obligation ex lege de la société à des dommages-intérêts pour rupture de la relation fondamentale liant le dirigeant à la société anonyme à la suite de sa révocation et les limites posées par le principe d'ordre public de révocabilité ad nutum à des clauses conventionnelles expresses d'indemnisation du dirigeant en cas de révocation pouvant avoir un effet dissuasif). Ce qui est sûr est que l'AE grecque est moins adaptée aux besoins du contrat de management que la SAS française, avec la possibilité dans cette dernière de confier à la société de gestion un pouvoir organique exclusif de direction de la société (v. supra). Il est d'ailleurs vrai qu'on a vu des efforts d'acculturation du contrat de management dans la structure des AE très douteux, tendant à attribuer contractuellement à la société de gestion un pouvoir et une indépendance de tout contrôle bien au-delà de ce qui est permis par l'ordre public sociétaire grec mais aussi à diminuer autant que possible le risque de la société de gestion dans la marche de l'affaire sociale par la fixation de la modalité de sa rémunération essentiellement indépendamment des résultats pour la société gérée. Un arrêt des juges du fond qui a statué sur un tel effort a eu le mérite de relever la possibilité d'un conflit d'intérêts entre société de gestion et société gérée sur le fondement d'un contrat de gestion déséquilibré pour la seconde et d'appliquer ainsi à la société de gestion l'article 69 AK –de droit commun et d'ordre public pour toutes les personnes morales de droit privé – permettant au juge de remplacer l'organe d'administration en place et de nommer un organe d'administration provisoire en cas d'un tel conflit d'intérêts entre la personne morale et ses dirigeants ; mais l'effort de l'arrêt de faire face au montage en cause provoque une certaine perplexité comme incluant une certaine confusion des niveaux organique et contractuel dans la

---

1590 Sur les limites de la délégation v. L. Athanassiou, op. cit, p. 996-997.

relation entre la société gérée et la société de gestion<sup>1591</sup>. Il est aussi à noter que la société de management gérant une société propriétaire de navire court le risque en cas de dépassement de sa mission d'être qualifiée d'armateur, autrement dit de personne exploitant pour son propre compte un navire appartenant à autrui, avec comme conséquence sa responsabilité pour les dettes de l'exploitation (art. 105-106 KIND - Code grec de droit maritime privé)<sup>1592</sup>.

### **Le contrat de management et l'ordre public économique de la concurrence**

Le contrat de management ne doit pas être jugé seulement selon la conformité du point de vue de droit des sociétés et de son ordre public, mais aussi du point de vue de droit de la concurrence qui, comme nous avons vu dans la Partie I, forme une nouvelle catégorie d'ordre public économique, avec des répercussions potentielles importantes dans la vie des

---

1591 V. l'affaire jugée par M. Pr (TI) 490/1997 de Syros (procédure de référé), DEE 1998, p. 607 et p. 852, avec les observations de Sp. Mousoulas. Dans cette affaire, un contrat de management d'une société anonyme appartenant majoritairement à une collectivité territoriale, société avec comme objet l'exploitation d'un casino, avait confié l'ensemble de la gestion, direction et représentation de l'entreprise gérée par elle à une société de gestion, avec une clause expresse de renonciation de la première société à toute intervention dans la gestion de son entreprise, clause bien sûr non licite selon l'ordre public sociétaire grec. Ce contrat de management était inclus dans une relation de koinopraxia –joint venture (v. supra Partie I)- existant entre la société d'exploitation et la société de gestion avec comme objet l'exploitation de l'entreprise du casino, en faisant partie des statuts de la koinopraxia. Le pouvoir de gestion et de représentation donné à la société de gestion ne trouvait pas en tout cas de fondement dans les statuts de la société gérée. Ce que les statuts de la société gérée faisaient était de donner à la société de gestion le droit de nommer trois membres du conseil d'administration de la première, possibilité contraire à l'ordre public sociétaire grec, qui exclut un droit de nomination des membres du conseil par un tiers. A la suite d'une demande d'un actionnaire –lui-même société appartenant à la même collectivité territoriale- le tribunal a été amené à juger l'affaire du point de vue de l'existence d'un conflit d'intérêts entre la société gérée et ses dirigeants, conflit pouvant aboutir selon l'art. 69 AK, applicable à toute personne morale, au remplacement de l'organe de direction et la nomination par le tribunal d'un organe de direction provisoire (v. supra Partie I). Le tribunal a jugé qu'un tel conflit existait entre la société gérée et son dirigeant, à savoir la société de gestion, sur le fondement de la modalité de rémunération convenue pour la société de gestion, calculée sur les bénéfices mixtes et les recettes du casino et non sur les bénéfices nets. Il l'a ainsi remplacée avec une autre société de gestion jusqu'à la réalisation d'un contrôle de la société gérée, mais aussi jusqu'à la résolution des problèmes juridiques de la relation de base entre les deux sociétés. L'arrêt a paralysé – du moins provisoirement – les effets du contrat de gestion, mais il contient l'élément paradoxal qu'il a statué sur le conflit d'intérêts avec la société et le remplacement en justice d'un dirigeant de fait, car la société de gestion n'avait aucun rôle officiel dans la structure du pouvoir de la société gérée. Ce serait autre chose si le tribunal décidait de remplacer le conseil d'administration de la société gérée en réputant qu'un conflit d'intérêts existe entre la société et ses administrateurs nommés par la société de gestion (si l'on accepte pour un instant que cette nomination était valable) parce que ces derniers exprimaient en fait les intérêts de la société de gestion en conflit avec ceux de la société gérée.

1592 Pour un cas de figure dans lequel a été retenu par les juges que la société de management agissait essentiellement pour son compte et à son nom et non comme représentant de la société propriétaire de navire v. Eph. (CA) Pirée 940/2003, EpiskED 2004, p. 931, obs. K. Pamboukis (il s'agissait d'un groupe d'off-shore single-ship companies gérées par une autre société ayant comme dirigeant le maître de l'affaire propriétaire du groupe).

sociétés. Le contrat de management peut ainsi constituer une entente ou même une forme de concentration<sup>1593</sup>. Dans ces cas de figure, les mécanismes de l'ordre public économique sociétaire de la concurrence largement communs pour les deux droits sous comparaison s'activent pour partager le licite de l'illicite et d'imposer les sanctions prévues par le droit de la concurrence dans le second cas. Normalement le contrat de management organisant une entente illicite doit être réputé nul dans chacun des deux droits sous comparaison, tandis que les parties peuvent se voir obligées de modifier les termes de leur contrat réalisant une concentration dont les effets sont jugés devant être modifiés par les autorités de la concurrence (v. supra Partie I).

## **Section II : Les montages utilisant les conventions entre associés ou entre associés et tiers**

Dans la catégorie de montages que nous étudions maintenant, le tournant des particuliers vers le droit des contrats est plus marqué que précédemment. En effet, il ne s'agit pas désormais de montages avec la société comme contractante, cas dans lequel on peut naturellement attendre une réglementation impérative spéciale des conventions entre la société et ses associés ou dirigeants, étant donnés les conflits d'intérêts possibles et le caractère de la société comme organisation impliquant plusieurs intérêts que l'ordre public sociétaire hiérarchise. Il s'agit maintenant de constructions contractuelles entre particuliers - associés ou tiers - ayant des implications indirectes dans la vie sociale, mais se trouvant à première vue en dehors du champ d'application de l'ordre public sociétaire. Pourtant, les choses sont plus compliquées qu'il ne paraît, car les constructions en cause ont comme but ou comme effet d'aménager ou de contourner les effets normaux de l'application des règles de l'ordre public sociétaire, comme c'est le cas avec tous les montages. Se pose de la sorte la question du développement de l'action de l'ordre public sociétaire sur ces contrats afin qu'il neutralise ou restreint les effets de ces constructions contractuelles qui, tout en étant formellement en dehors du champ d'application du droit des sociétés, ont pourtant une influence dans l'un ou l'autre degré dans la vie sociale, si bien sûr un conflit résulte entre ces effets et l'ordre public du droit des sociétés. Ce problème de l'impact de l'ordre public sociétaire sur les pactes extrasociétaires mais conclus *ratione societatis* est en tout cas assez difficile aussi bien en droit français qu'en droit grec. Le développement des

---

1593 V. L. Athanassiou, *op. cit.*, p. 999.

conventions en cause est un volet très important dans le mouvement plus général de « recontractualisation » des sociétés, mouvement il est vrai avec caractère ambigu et limites ; mais ce développement ne peut pas écarter la réalité juridico-économique des sociétés comme expression d'organisations –d'entreprises- ne pouvant être analysées à de simples rapports contractuels (v. supra Partie I sur notre point de vue sur ces questions) ; la réalité de ces organisations pose ainsi la question d'une intervention de la logique organisationnelle – de l'intérêt de l'organisation sociétaire- dans l'évaluation des conventions extrasociétaires. Nous allons dans cette étude d'abord présenter la situation juridique en droit français et en droit grec concernant les montages effectués par le biais de pactes entre associés organisant l'équilibre intérieur de la société (§1), puis les montages utilisant les pactes entre associés ou associés et tiers pour créer plus généralement des situations juridiques atypiques sur les droits sociaux (§2).

### **§ 1. Les montages utilisant les pactes entre associés pour organiser l'équilibre intérieur dans la société**

Dans ce paragraphe, nous abordons essentiellement le corps du phénomène tant débattu et attirant encore aujourd'hui le vif intérêt de la doctrine aussi bien française que grecque des pactes extrastatutaires entre associés ou actionnaires<sup>1594</sup>. Les pactes en cause - conventions entre associés ou actionnaires relevant du droit commun des contrats mais tendant à organiser les équilibres intérieurs de la société, notamment de celle par actions, d'une manière atypique par rapport à celle prévue typiquement par la loi - ont des relations étroites bien que souvent conflictuelles avec l'ordre public sociétaire. Ainsi, pour plusieurs auteurs français et grecs le recours aux pactes extrastatutaires entre associés - notamment

---

<sup>1594</sup> Bibliographie indicative: en français, Y. Guyon, « Traité de contrats. Les sociétés. Aménagements statutaires... », ouvrage précité, spéc. n° suiv., P. Mousseron, « Les conventions sociétaires », ouvrage précité, spéc. nos 347 suiv., M.-C. Monsallier, « L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme », LGDJ 1998, préface A. Viandier, D. Velardocchio-Flores « Les accords extrastatutaires entre associés », PUAM, 1993, S. Schiller « Pactes d'actionnaires » in Repertoire sociétés Dalloz. En grec v. notamment E. Perakis « Engagements contractuels du droit de vote de l'actionnaire », thèse Athènes, 1975, N. Bassayannis « Contenu de pacte extrasociétaire d'actionnaires (Shareholders' Agreement) », éd. Nomiki Vivliothiki 2009, M-Th. Marinos « Pactes extrasociétaires d'actionnaires. Entre le droit des obligations et le droit des sociétés », éd. P. N. Sakkoulas 2011.

entre actionnaires - est une défense légitime des particuliers face à la prolifération excessive des règles légales d'ordre public sociétaire, particulièrement dans les sociétés par actions<sup>1595</sup>. D'ailleurs, pour un éminent auteur français (le Pr. Cl. Champaud), plus la société anonyme s'institutionnalise, plus les parties recourent aux pactes extrastatutaires pour organiser leurs relations<sup>1596</sup>. Ce qui est sûr est que les pactes extrastatutaires entre associés ou actionnaires constituent des efforts d'aménager - et parfois de contourner - les effets normaux de l'application des prescriptions de l'ordre public sociétaire concernant les droits politiques des associés, leurs droits pécuniaires et leur droit de sortie de la société (v. supra Partie I sur les blocs de règles d'ordre public concernant ces droits des associés dans les deux droits sous comparaison). Les parties escomptent ainsi qu'ils seront plus libres dans leurs pactes que dans les statuts, sur lesquels pèse directement l'ordre public sociétaire. On pourrait même dire que dans plusieurs cas les parties tendent essentiellement par le biais de pactes extrastatutaires à la construction de formes sociales atypiques, en «testant » les limites du principe d'ordre public du droit français et du droit grec de *numerus clausus* de formes sociales (v. supra, Partie I)<sup>1597</sup>. En sens inverse, les progrès de la liberté statutaire dans le droit des sociétés par actions et notamment l'introduction de la SAS française ont posé la question d'une éventuelle « résorption » des pactes extrastatutaires au droit des sociétés<sup>1598</sup>. Il est aussi à noter qu'en Grèce des pactes extrastatutaires ont été utilisés pour organiser la coopération au sein de sociétés entre d'une part l'Etat grec ou de sociétés contrôlées par lui et d'autre part des sociétés étrangères, soit dans le cadre de mise en place de sociétés pour la construction et exploitation d'infrastructures d'importance capital (nouvel Aéroport International d'Athènes, réseau de distribution de gaz à Athènes), soit dans le cadre de la privatisation d'entreprises publiques stratégiques grecques (notamment de l'OTE –Organisme grec de Telecommunications - au profit de la Deutsche Telecom) ; dans la plupart de ces cas, les pactes en cause ont été ratifiés par des lois spéciales du Parlement grec et de la sorte ils échappent au droit commun des sociétés et son ordre public, sans échapper pourtant à la Constitution grecque<sup>1599</sup>. En tout cas, l'étude de cette catégorie de montages passe d'abord par la présentation comparée en droit français et en droit grec de leur champ conceptuel - notamment par rapport aux statuts - et de leur typologie (A), ensuite par le traitement de la

---

<sup>1595</sup> V. p. ex. J.-Ph. Dom, thèse précitée, n° , M.-Th. Marinos, op. cit., p. 8.

<sup>1596</sup> Cl. Champaud « Le contrat de société existe-t-il encore ? » in « Le droit contemporain des contrats » (dir. L. Cadet), *Economica* 1987

<sup>1597</sup> Sur la relation des pactes extrastatutaires avec le *numerus clausus* de sociétés et le « type » légal introduit pour chacune d'elles en droit grec, v. M.-Th. Marinos, op. cit., p. 41 suiv.

<sup>1598</sup> J-Ph Dom, thèse précitée, nos 865 suiv.

<sup>1599</sup> V. sur ces pactes la monographie précitée de N. Bassayannis.



question importante de leur licéité de principe et des restrictions que leur impose l'ordre public sociétaire (B), pour finir avec la question non dépourvue de difficultés des sanctions de leur inexécution et plus généralement de leurs régime et effets juridiques une fois la question de licéité répondue, notamment dans leur relation avec le niveau organisationnel de la société (C).

## **A. Champ conceptuel et typologie des pactes extrastatutaires**

### **Généralités**

Comme nous avons vu dans le Chapitre précédent, les statuts de la société peuvent être un instrument important dans les efforts des particuliers de réaliser des montages «optimisant» leur position juridico-économique, notamment en tendant vers des formes sociales atypiques. Un rappel de la comparaison entre statuts et pactes extrastatutaires comme instruments pour la réalisation de montages sociétaires est ainsi nécessaire, cette fois du point de vue des pactes extrastatutaires, une comparaison qui passe obligatoirement par la délimitation conceptuelle entre statuts et pactes extrastatutaires entre associés. Par la suite, nous pourrions aborder mieux l'utilisation des pactes extrastatutaires entre associés comme montages en présentant leur typologie - largement commune pour la France et la Grèce -, suivant leur objet pouvant porter soit sur la cession des droits sociaux, soit sur les droits politiques des associés au sein de la société, soit sur leurs droits financiers.

### **Pactes entre associés et statuts**

Aussi bien en droit français qu'en droit grec, les pactes extrastatutaires entre associés se présentent comme des contrats de droit commun, dépourvus de la particularité «organisationnelle» des statuts<sup>1600</sup>. La première conséquence en est que les pactes extrastatutaires entre associés ou actionnaires ont en principe un effet seulement relatif entre leurs parties, comme c'est le cas avec les contrats du droit commun des deux droits sous comparaison et non, comme les statuts, un effet normatif et organisationnel, à l'égard de tous et notamment des associés futurs<sup>1601</sup>. Comme nous avons suggéré ci-dessus, le résultat en est que si les statuts subissent indéniablement le contrôle de l'ordre public du

---

<sup>1600</sup> S. Schiller, op. cit., n° 17, M.-Th. Marinos, op. cit., p. 1 suiv., ce dernier auteur plaçant les pactes extrasociétaires au champ entre les stipulations souvent rigides du statut et les « gentlemen's agreements » entre actionnaires dépourvus de force juridique.

<sup>1601</sup> S. Schiller, op. cit., n° 17, M.-Th. Marinos, op. cit., p. 88.

droit des sociétés comme acte par excellence de droit des sociétés, les choses sont plus compliquées pour les pactes extrastatutaires, qui se présentent comme des actes extracociétaires, relevant des relations personnelles entre associés et prétendant à ce titre à échapper au champ d'effectivité de l'ordre public sociétaire. Les pactes extrastatutaires demeurent en plus dans le domaine d'application du principe consensualiste, principe commun pour le droit des contrats français et grec ; il est toutefois vrai que la rédaction d'un écrit pour des raisons de preuve semble imposée dans les deux droits sous comparaison - mais les pactes extrastatutaires entre actionnaires d'une AE grecque ont l'avantage d'échapper à l'obligation impérative de rédaction par acte notarié qui pèse sur les statuts de cette forme sociale (v. supra)<sup>1602</sup>. Les pactes extrastatutaires échappent aussi à la publicité obligatoire imposée selon des modalités et sanctions différentes par les deux ordres publics sociétaires sous comparaison pour les statuts (v. supra, Partie I) ; cette possibilité de « discrétion » qu'offrent les pactes extrastatutaires est d'ailleurs réputée aussi bien par la doctrine française que par celle grecque un avantage important par rapport aux statuts (v. toutefois infra sur l'obligation de communication aux autorités de marché des pactes extrastatutaires dans les sociétés cotées françaises)<sup>1603</sup>. En plus, comme nous avons vu ci-dessus, à l'occasion de la présentation des montages effectués par le recours aux clauses statutaires, la distinction entre statuts et pactes extrastatutaires entre associés ou actionnaires laisse une zone incertaine dans les deux droits sous comparaison, notamment pour ce qui concerne certaines conventions - entre le plus souvent l'ensemble des associés - qu'on pourrait qualifier de pactes « parastatutaires » (protocoles d'accord, préambules, règlement intérieur)<sup>1604</sup>. Le phénomène des pactes avec comme parties l'ensemble des

---

<sup>1602</sup> M.-Th. Marinos, op. cit., p. 63, 87.

<sup>1603</sup> V. M.-Th. Marinos, op. cit., p. 87, remarquant toutefois que le caractère secret des pactes extrasociétaires porte atteinte à la sécurité des transactions et au besoin de protection des tiers dans l'AE.

<sup>1604</sup> V. S. Schiller, op. cit., nos 14 suiv. Le protocole d'accord est un acte dressé entre deux ou plusieurs associés arrêtant les conditions de leur collaboration au sein de la société. Qualifié d'acte « métastatutaire », le protocole d'accord est vu par la doctrine française comme ayant effet relatif entre ses signataires, ne développant pas d'effets dans la vie elle-même de l'organisation sociale (S. Schiller, op. cit., n° 14). Le préambule est l'acte dans lequel « les associés exposent leurs instructions, leurs espoirs, leurs convictions, mais aussi éventuellement la ligne générale de conduite qu'ils désirent respecter » (S. Schiller, op. cit., n° 15). Le caractère statutaire ou extrastatutaire du préambule est jugé au cas par cas. Ainsi, « il a parfois une valeur sociétaire s'il est localisé dans les statuts, si les parties ont souhaité lui conférer une telle forme ou si son contenu l'impose, dans le cas où il sert à interpréter des statuts ou lorsqu'il expose la cause du contrat de société » (S. Schiller, op. cit., n° 15). Troisième cas de figure est le règlement intérieur visant à organiser la vie quotidienne de la société, mais ayant une valeur infrastatutaire, même s'il est adopté par l'ensemble des associés ou par une assemblée extraordinaire car il n'est pas publié, à la différence des statuts et il vient d'ailleurs à compléter ces derniers ou leurs lacunes éventuelles. V. supra sur les conditions d'opposabilité du règlement intérieur aux associés futurs. V. sur les textes parastatutaires M.-Ch. Monsallier, op. cit., n°

associés ou actionnaires a posé d'ailleurs plus généralement la question de leur impact éventuel direct dans la vie sociale, notamment dans la jurisprudence et la doctrine grecques (v. infra)<sup>1605</sup>. Il est aussi à rappeler à cette place une différence qui existe entre les deux droits sous comparaison, à savoir qu'en droit français les associés semblent pouvoir ajouter aux statuts des stipulations supplémentaires avec effets de droit de sociétés en principe librement (pourvu bien sûr que ces stipulations ne soient pas contraires à l'ordre public sociétaire français) ; par contre, en droit grec l'introduction dans les statuts des AE de clauses augmentant les obligations des actionnaires (au-delà de leur obligation fondamentale de libérer leur apport) peut impérativement avoir seulement un effet relatif (principe d'ordre public de standardisation du contenu de l'action - v. supra, Partie I) et ainsi l'introduction de telles clauses avec effet statutaire n'est pas réputée libre. Le résultat en est qu'en droit grec des sociétés anonymes (AE), on peut rencontrer des stipulations contenues dans l'instrumentum des statuts mais ayant seulement une nature de pacte extrastatutaire, même si elles engagent l'ensemble des signataires initiaux des statuts<sup>1606</sup>. En tout cas, ce qui est important est qu'en droit grec on a besoin de recourir aux pactes entre actionnaires (inclus dans les statuts comme contenu extrastatutaire ou dans un autre instrumentum), si l'on veut introduire des obligations supplémentaires des actionnaires et attribuer de la sorte à l'AE des éléments personnels, les pactes en cause offrant ainsi une possibilité qui est refusée aux statuts. On peut aussi considérer comme un avantage supplémentaire des pactes extrastatutaires par rapport aux statuts que les premiers sont soumis pour leur modification à la loi du contrat, tandis que la modification des seconds est de droit organisationnel, avec comme conséquences d'une part qu'une modification voulue pour l'ensemble des parties du pacte peut se réaliser sans le formalisme du droit des sociétés, d'autre part que chaque participant au pacte est garanti face au danger d'une application de

---

61 suiv., S. Schiller, op. cit., n° 16, et sur les limites du règlement intérieur CA Paris 30 novembre 1993, JCP § 1994 II, n° 575.

<sup>1605</sup> Selon M.-Th. Marinos (op. cit., p. 2-3) par le biais du pacte extrasociétaire entre l'ensemble des actionnaires, les parties visent à la création d'une société « parallèle » (société qualifiée de civile), dans laquelle est aussi déterminée la modalité de fonctionnement de l'AE. Selon le même auteur, le pacte entre l'ensemble des actionnaires vise le plus souvent à compléter, clarifier ou modifier les statuts, de sorte qu'il y a en effet création de « quasi-statuts » d'ombre ou fonctionnement du pacte comme « décision secrète ».

<sup>1606</sup> V. M.-Th. Marinos, op. cit., p. 5-7, sur les stipulations contenues dans l'instrumentum des statuts mais n'ayant pas une valeur vraiment statutaire, constituant essentiellement des pactes extrasociétaires. Des clauses d'engagement de vote, de non concurrence ou de restriction à la cession d'actions au porteur, même introduites dans l'instrumentum des statuts de l'AE, ne sont pas réputées de la sorte des parties réelles de ces derniers. Selon M.-Th. Marinos (op. cit., p. 6) elles constituent des pactes extrasociétaires publiés, juridiquement autonomes des statuts, soumis à un régime radicalement différent d'interprétation ou de modifications. Selon ce même auteur, on peut toutefois rencontrer des cas dans lesquels la qualification de clauses incluses dans les statuts comme statutaires ou extrasociétaires peut être difficile.

la loi de majorité dans la modification du pacte contre sa volonté (v. pourtant supra sur les progrès de la possibilité d'introduire statutairement des clauses d'unanimité dans la prise de décisions)<sup>1607</sup>. La doctrine grecque caractérise le plus souvent les pactes entre associés ayant une permanence comme sociétés civiles de l'AK (v. supra sur la société civile grecque)<sup>1608</sup>. Pourtant, malgré leurs avantages sur les statuts, on ne doit pas oublier qu'aussi bien en droit français qu'en droit grec, les pactes entre associés ont une valeur et efficacité inférieures à celles des statuts (v. infra avec plus de détails sur la question de la hiérarchie entre statuts et pactes extrastatutaires)<sup>1609</sup>.

### **Les pactes extrastatutaires entre associés concernant les cessions des droits sociaux**

La première sous-catégorie de pactes extrastatutaires concernant les cessions des droits sociaux est celle des pactes imposant des restrictions à ces cessions et notamment des restrictions à la cession des actions. Comme nous l'avons vu supra dans la Partie I, les deux droits sous comparaison imposaient historiquement un principe d'ordre public de libre négociabilité des actions, un principe toutefois en recul face aux progrès de l'autonomie privée - sous la forme de liberté statutaire - en droit des sociétés anonymes. Pourtant, dans certains cas de figure ce recul de l'ordre public sociétaire en matière de cessions d'actions peut ne pas paraître suffisant aux actionnaires. Ces derniers peuvent ainsi souhaiter introduire des restrictions dans la cession des actions au porteur et cotées, tandis que les deux droits sous comparaison permettent aujourd'hui expressément l'introduction statutaire de telles restrictions seulement pour les actions nominatives des sociétés non cotées (L228-23 C. com., 3 § 7 L2190/1920- v. supra sur ces questions et l'exception pour les actions au porteur de la SAS)<sup>1610</sup>. Les actionnaires peuvent ainsi vouloir combiner les avantages des actions au porteur avec des possibilités de maintien des équilibres dans la société permises en principe par la loi au « prix » de la nominativité des actions. Ils peuvent aussi vouloir

---

<sup>1607</sup> Sur les avantages et les inconvénients des pactes extrastatutaires par rapport aux statuts, v. P. Mousseron, op. cit., nos 268 suiv., M.-Th. Marinos, op. cit., p. 69 suiv.

<sup>1608</sup> M.-Th. Marinos, op. cit., p. 63 suiv. Les éléments exigés pour la qualification du pacte comme société civile de l'art. 714 AK sont les apports communs des parties (la prestation de chaque associé, dans le cas que nous étudions les obligations de faire ou de ne pas faire qu'assument les associés ou actionnaires) visant à la poursuite d'un but commun (le but au sein de la société que les parties se sont donné). Les pactes par lesquels un seul des associés ou actionnaires assume une obligation à l'égard d'un autre (le plus souvent obligation accessoire dans une autre transaction entre eux) et ceux par lesquels les parties assument réciproquement des obligations ponctuelles ne sont pas bien sûr des sociétés civiles (dans le dernier cas des obligations réciproques ponctuelles, il y a un contrat synallagmatique ou unilatéral).

<sup>1609</sup> Ainsi S. Schiller, op. cit., n° 17, M.-Th. Marinos, op. cit., p. 81 suiv., spéc. 89 suiv. sur la relation hiérarchique entre les statuts et les pactes extrasociétaires.

<sup>1610</sup> V. M.-Th. Marinos, p. 44-45, 155.

utiliser de telles clauses comme défenses possibles anti-OPA dans les sociétés cotées dans lesquelles les clauses statutaires de restriction de la cession des actions ne sont pas acceptables<sup>1611</sup>. Plus particulièrement pour le droit français, les pactes extrastatutaires restreignant la cession des actions étaient pendant longtemps une modalité utilisée pour pallier les conséquences de la prohibition des clauses statutaires d'agrément pour la cession d'actions entre actionnaires, prohibition aujourd'hui supprimée ; on pourrait pourtant considérer que les pactes en cause peuvent retenir aux yeux des intéressés une utilité même aujourd'hui pour pallier la prohibition toujours en vigueur des clauses statutaires d'agrément pour les cessions entre conjoints, ascendants ou descendants (par contre, les pactes introduisant des restrictions de la transmission à cause de mort de l'une des parties doivent être réputés pactes sur succession future qui sont en principe prohibés en droit français- art. 1130 C. civ.)<sup>1612</sup>. En droit grec, des pactes extrastatutaires peuvent se présenter aux yeux des actionnaires comme un palliatif à la prohibition légale d'introduction de clauses statutaires d'inaliénabilité des actions (3 § 7 L2190/1920 – la même remarque faite pour le droit français sur les pactes introduisant des restrictions à la transmission à cause de mort des actions comme pactes sur succession future vaut aussi en droit grec, parce que ce dernier prohibe lui aussi les pactes sur succession future –art. 365 AK)<sup>1613</sup>. Plus généralement, les pactes extrastatutaires de restriction de la cession des actions organisent une « fuite » par rapport au champ d'application du droit des sociétés : ils permettent ainsi dans l'esprit des parties l'introduction de restrictions dans les relations entre actionnaires particuliers, sans recours aux statuts et l'unanimité que ces derniers supposent au moment de leur signature, l'activation de la restriction échappant au mécanisme sociétaire et aux organes sociaux, étant une affaire entre les actionnaires signataires du pacte. Les pactes entre associés de restriction dans la cession des actions peuvent ainsi introduire un élément d'intuitus personae plus poussé que celui permis par les exceptions légales au principe d'ordre public sociétaire de libre négociabilité des actions, en plus suivant des procédures échappant à celle que le droit des sociétés prévoit impérativement (p. ex. agrément de la cession par les organes sociaux). Ils peuvent aussi servir à stabiliser des alliances visant au contrôle de la société. En visant ainsi à renforcer les conséquences du recul de l'ordre public sociétaire en matière de libre négociabilité des

---

<sup>1611</sup> A. Viandier, « OPA, OPE... », nos 587 suiv.

<sup>1612</sup> Sur les pactes extrastatutaires d'agrément sous le régime antérieur de non reconnaissance de clauses statutaires d'agrément pour les cessions entre actionnaires et les doutes quant à la licéité des premiers, v. S. Schiller, op. cit., n° 36. Sur la prohibition de principe des pactes sur succession future en droit français v. I. Najjar « Pactes sur succession future », in Répertoire de droit civil Dalloz.

<sup>1613</sup> V. sur les pactes extrasociétaires comme palliatifs à la prohibition des clauses statutaires d'inaliénabilité des actions au porteur M.-Th. Marinou, p. 155.

actions, les pactes extrastatutaires que nous étudions sont des montages tels que nous les avons définis. Et cela d'autant plus que les intéressés peuvent tendre à la construction de sociétés anonymes atypiques - avec un très fort *intuitu personae* et restrictions importantes à la cession des actions - par le recours à de tels pactes extrastatutaires autour de la société. Les pactes extrastatutaires imposant des restrictions à la libre négociabilité des actions ne diffèrent pas généralement quant à leur objet des clauses statutaires tendant vers le même but que nous avons présentées dans le chapitre précédent. Ils peuvent consister ainsi à des pactes extrastatutaires d'agrément, de préférence ou d'inaliénabilité ; il est à noter qu'en France les pactes extrastatutaires d'agrément peuvent être utilisés dans le but d'échapper à l'obligation légale d'ordre public imposée par le droit français de racheter ou de faire racheter les actions de l'actionnaire qui veut sortir de la société en cas de refus de la société d'agréer la cession sur le fondement d'une clause statutaire d'agrément (v. supra sur cette restriction des clauses statutaires d'agrément en droit français, l'inexistence d'un tel dispositif *ex lege* en droit grec, avec pourtant reconnaissance aujourd'hui par la loi grecque aux statuts des AE d'introduire une obligation de la société d'acheter les actions en cas de refus d'agrément, et infra sur les restrictions pesant sur les pactes extrastatutaire d'agrément). Ce qui les différencie des clauses statutaires avec le même objet est bien sûr qu'ils concernent des personnes déterminées comme « créanciers » ou « débiteurs » des obligations en résultant, comme ils sont des contrats de droit commun avec effet relatif entre les parties, non des textes organisationnels et normatifs comme les statuts<sup>1614</sup>. Le pouvoir d'agrément ou non de la cession peut toutefois être attribué à un « conseil de surveillance » créé par le pacte, cas dans lequel il y a un certain rapprochement avec la clause statutaire<sup>1615</sup>. Dans le cadre des pactes de préemption ou de préférence, les parties fixent le prix dans lequel aura lieu la cession ou les modalités de sa fixation et plus généralement les modalités de l'exercice du droit octroyé<sup>1616</sup>. La particularité la plus importante des contrats imposant aux contractants des restrictions à la cession ou acquisition des droits sociaux concerne les clauses dites de *standstill*, par le biais desquelles des actionnaires s'engagent à ne pas acquérir des actions supplémentaires, afin que les participations réciproques dans le capital social demeurent stables<sup>1617</sup>. Ces clauses –de préemption, d'inaliénabilité, de plafonnement de participations- sont aussi utilisées par les actionnaires des sociétés cotées

---

<sup>1614</sup> V. S. Schiller, nos 26, 36, 42, M.Th. Marinos, p. 44-45, 56-57.

<sup>1615</sup> V. M-Th. Marinos, op. cit., p. 57.

<sup>1616</sup> V. S. Schiller, op. cit., n° 43, M.-Th. Marinos, op. cit., p. 56.

<sup>1617</sup> Sur les pactes de « *standstill* », v. S. Schiller, op. cit., n° 44, 45, M.-Th. Marinos, op. cit., p. 57. V. aussi n° 46 sur les pactes subordonnant l'acquisition d'actions à la ratification du pacte.

comme moyen de défense anti-OPA<sup>1618</sup>. Sont aussi connus dans les sociétés cotées en France des syndicats dits de défense, à savoir des accords par lesquels les parties s'engagent à décider en commun de la cession de leurs actions, qui sont mises sous séquestre notamment auprès d'une banque ; ce sont les dirigeants du syndicat qui peuvent ordonner à la banque de faire le transfert des titres, après décision de l'assemblée syndicale. Le syndicat de défense peut aussi être plus modestement une modalité d'organisation d'un pacte de préférence entre un groupe d'actionnaires, la banque devant vérifier dans ce cas que l'actionnaire qui veut céder ses titres s'est conformé à ses obligations découlant du pacte de préférence<sup>1619</sup>.

Une autre sous-catégorie de pactes d'actionnaires peut par contre viser à faciliter la sortie de certains actionnaires de la société, une question qui a préoccupé davantage la doctrine française que celle grecque, les pactes en cause étant, semble-t-il, plus répandus en France qu'en Grèce. En droit français, cela se fait d'abord par le biais de l'octroi de promesses unilatérales de rachat à la charge d'un actionnaire et au profit d'un autre<sup>1620</sup>. Dans ce cas de figure, les pactes extrastatutaires permettent le retrait d'un actionnaire selon la volonté des parties, au-delà des cas d'un droit ex lege de retrait de l'associé de la société que nous avons rencontrés dans les deux droits sous comparaison (v. supra, Partie I). Le caractère de montages de ces pactes est apparent quand ceux-ci organisent des situations atypiques au sein de la société, situations juridiques qui viennent aménager ou même parfois contourner la production des effets normaux de l'ordre public sociétaire. C'est notamment le cas avec les pactes prévoyant l'obligation de rachat des actions du dirigeant minoritaire par le majoritaire à la suite de la révocation du premier par ce même majoritaire, ces conventions venant pour le moins atténuer les effets du principe d'ordre public de la révocabilité des dirigeants des sociétés anonymes ad nutum largement partagé par les deux droits sous comparaison (v. supra)<sup>1621</sup>. C'est aussi le cas de pactes organisant la sortie de ces actionnaires particuliers de la société que sont les capital-risqueurs (v. supra, chapitre précédent), ou plus généralement des actionnaires-investisseurs, d'autant plus que ces pactes, en prévoyant des prix planchers, tendent à échapper dans l'une ou l'autre mesure au principe d'ordre public de la participation des actionnaires aux pertes de la société (v. supra Partie I sur ce principe et son caractère d'ordre public)<sup>1622</sup>. La doctrine française fait

---

<sup>1618</sup> A. Viandier op. cit., nos 600 suiv., avec des exemples de telles clauses dans la pratique française.

<sup>1619</sup> V. A. Viandier, op. cit., nos 587-588. Malgré l'existence d'organes, le syndicat de défense n'a pas la personnalité morale.

<sup>1620</sup> V. S. Schiller, op. cit., n° 20, 21.

<sup>1621</sup> S. Schiller, op. cit., n° 20, 94.

<sup>1622</sup> S. Schiller, op. cit., nos 20, 21.

aussi d'amples références aux pactes - de provenance anglo-saxonne - organisant la sortie conjointe des actionnaires de la société ; le mécanisme de base des clauses de sortie conjointe est que l'associé cédant sa participation - le plus souvent le majoritaire - se porte fort à l'égard d'un autre actionnaire (normalement minoritaire) de l'acquisition des titres de ce second associé par le cessionnaire (la convention de porte-fort est en droit français celle par laquelle une personne promet le fait d'un tiers – v. art. 1120 C. civ. – technique ancienne qui tend à évoluer à une forme de garantie). Les clauses de sortie conjointe visent ainsi à éviter au minoritaire le sort d'être piégé dans la société à la suite de la cession des droits sociaux du majoritaire ; la jurisprudence et la doctrine française distinguent entre porte-fort de « ratification » et porte-fort d'«exécution » d'un acte juridique par un tiers, le promettant ayant à l'égard du bénéficiaire de la promesse une obligation d'indemnisation, si le tiers n'effectue ou n'exécute pas l'acte juridique sur lequel portait la promesse<sup>1623</sup>. Un autre type de pacte intéressant de provenance anglo-saxonne est celui dit de *shotgun*, de *buy-sell arrangement* ou clause texane, selon lequel un actionnaire a le droit d'offrir ses actions à un autre à un prix qu'il va lui-même déterminer, l'autre ayant l'option entre d'une part l'achat des actions au prix offert et d'autre part la vente de ses actions à l'offrant au même prix<sup>1624</sup>. La pratique française a aussi à sens inverse connu des pactes entre actionnaires prévoyant l'exclusion d'une des parties sur décision de l'autre, avec le rachat des actions du premier par le second, la clause étant analysée comme promesse unilatérale de vente (v. infra sur le problème de la licéité de ces clauses)<sup>1625</sup>. On rencontre aussi des clauses de ce type plus compliquées, avec la combinaison de deux promesses unilatérales de vente à sens opposé successives entre deux actionnaires, le non-exercice de l'option de l'un actionnaire pour acheter les actions de l'autre étant condition pour l'exigibilité de l'option

---

<sup>1623</sup> P. Mousseron, op. cit., n° 478, 518, S. Schiller, op. cit., n° 68, H. Le Nabasque- P. Dunaud- P. Elsen, « Les clauses de sortie dans les pactes d'actionnaires », Dr. sociétés- Actes Pratiques, n° 5, 1992, n° 25 suiv. Sur les clauses de sortie proportionnelle, v. P. Mousseron, n° 479. Sur les clauses organisant la sortie des actionnaires en cas d'introduction en bourse, v. S. Schiller, op. cit., n° 69. Sur la convention de porte-fort v. C. Aubert de Vincelles « Porte-fort » in *Repertoire civil Dalloz* et sur la distinction entre porte-fort d'exécution et de ratification v. C. cass. Ch. com. 13 déc. 2005, « Contrats, concurrence, consommation » 2006, no 63, note L. Levasseur, JCP 2006 II.10021, note Ph. Simler, arrêt pourtant critiqué parce que semblant assimiler le porte-fort d'exécution à une forme de cautionnement portant sur l'exécution de la prestation du tiers, chose différente de la conception sur le porte-fort d'exécution –de provenance du droit suisse – le regardant comme donnant droit d'indemnisation au bénéficiaire de la promesse en cas d'inexécution, le dommage du bénéficiaire à la suite de l'inexécution du tiers pouvant être supérieure ou inférieure à la valeur de la prestation de ce dernier– v. aussi critique en ce sens P. Crocq, D. 2006, p. 2855.

<sup>1624</sup> V. sur cette clause P. Mousseron no 589.

<sup>1625</sup> S. Schiller, op. cit., n° 89 et n° 90 sur le « *squeeze-out* » conventionnel (les clauses d'exclusion prenant la forme de la stipulation obligeant un actionnaire à céder ses titres si un autre vendait les siens, clauses appelées de « *drag along* » par les Anglo-saxons, et se rapprochant des clauses de sortie conjointe).



de ce dernier pour acheter les actions du premier<sup>1626</sup>. Au niveau du droit des contrats, les pactes de sortie ou d'exclusion ne présentent pas de difficultés particulières de principe ni en droit français ni en droit grec, car les deux droits reconnaissent la possibilité d'octroi conventionnel d'options, conformément aux principes de l'autonomie privée et de la liberté contractuelle. Il est bien sûr d'autre part certain que les pactes de rachat ou d'exclusion doivent respecter les conditions de validité de droit commun de ces options dans chacun des deux droits sous comparaison (v. supra, Partie I sur la théorie des vices des actes juridiques en droit français et grec) ; ainsi, par exemple, la validité de la clause texane est débattue dans la doctrine française pour ce qui concerne le caractère déterminé ou déterminable du prix, comme sa fixation est laissée à la volonté de l'une des parties<sup>1627</sup>. Il s'agit toutefois d'une question plus difficile quand on vient s'interroger sur la validité de ces pactes du point de vue du droit des sociétés et de l'ordre public sociétairé dans chacun des deux droits sous comparaison, parce que se pose la question s'il est possible pour les associés de faire avec de tels pactes régulant leurs relations personnelles davantage de ce qui leur est permis de faire par les statuts avec leur caractère normatif (v. infra). Se pose aussi la question plus particulière de la licéité de tels pactes entre actionnaires de sociétés cotées du point de vue de l'ordre public économique des marchés financiers, notamment pour ce qui concerne leur licéité comme défenses anti-OPA.

### **Les pactes aménageant les droits politiques des associés dans la société**

Comme nous avons vu dans la Partie I, les deux ordres publics sociétairés sous comparaison, celui français et celui grec, établissent le droit de chaque associé ou actionnaire de participer dans la vie « politique » de la société, et notamment son droit de voter - avec les exceptions expressément prévues par la loi, notamment dans le cas des actions de préférence ou privilégiées sans droit de vote. Il est aussi entendu que les deux ordres publics sociétairés - celui français et celui grec - consacrent un droit de vote en principe libre. Ils consacrent aussi dans les sociétés anonymes une relation impérative proportionnelle entre la participation au capital social et les droits de vote des actionnaires - de nouveau avec l'exception des actions sans droit de vote et en droit français de celles avec droit de vote double. Les pactes aménageant les droits politiques des associés ou actionnaires et notamment les conventions de vote viennent de la sorte aménager les

---

<sup>1626</sup> V. P. Mousseron, op. cit., no 585, ajoutant qu'on peut introduire une promesse synallagmatique comme promesse de vente du second actionnaire pour garantir que personne ne lève l'option.

<sup>1627</sup> V. sur ce débat P. Mousseron, no 589. Sur les options en droit grec, v. Ap. Georgiadis «Principes généraux », p. 411 suiv.

conséquences de ces règles d'ordre public sociétaire, en constituant ainsi des montages tels que nous les entendons. Par le biais de ces pactes entre actionnaires relevant du droit des contrats, les actionnaires acceptent contractuellement des restrictions à l'exercice de leur droit de vote qui est pourtant en principe libre selon l'ordre public sociétaire français mais aussi selon celui grec, restrictions qui peuvent parfois aller jusqu'à une aliénation de fait du droit de vote. Ils acceptent aussi souvent des restrictions au principe de proportionnalité entre la participation au capital de la société anonyme et les droits de vote au sein de la société, car le majoritaire peut assumer contractuellement des restrictions à son pouvoir majoritaire au profit du minoritaire. A sens inverse, les pactes en cause peuvent permettre à un actionnaire d'exercer davantage de pouvoir dans la société que ne lui permet normalement sa participation au capital social. Bien sûr les questions de la nomination et de la révocation des dirigeants sont souvent centrales dans les pactes extrastatutaires concernant le droit de vote<sup>1628</sup>. Les pactes aménageant les droits politiques des associés ou actionnaires et notamment les conventions de vote tendent ainsi souvent à diminuer l'élément « capitaliste » (au sens de la domination de la société par la majorité en capital) à l'intérieur des sociétés anonymes et de produire des sociétés anonymes avec un fort élément personnel. En France, la question des conventions de vote a été abordée d'abord au début du XX<sup>ème</sup> sous l'angle de la question des « syndicats de blocage »<sup>1629</sup>. Il s'agit de conventions multilatérales - entre plusieurs actionnaires - inspirées de la pratique américaine du trust, selon lesquelles tous les actionnaires parties de la convention sont obligés de voter selon le sens dégagé par la majorité du syndicat. Le syndicat de blocage était combinée avec la tradition des titres des actionnaires membres à un représentant qui allait voter en tant que mandataire selon les décisions de la majorité du syndicat ; après la dématérialisation obligatoire des actions en France en 1984, ce procédé n'est plus possible, la doctrine française rapporte pourtant qu'il est concevable que les actionnaires inscrivent leurs titres à un compte nominatif administré auprès d'un établissement financier ayant la qualité de séquestre amiable ou qu'ils donnent des mandats révocables à un groupement lui-même actionnaire, afin qu'ils puissent exercer en commun leurs droits de vote. Combinés

---

<sup>1628</sup> V. par exemple les fameuses à leur époque affaires Schneider SA et Marine-Firminy et Rivoire et Carret Lustucru (dans ce dernier cas la convention entre actionnaires organisait une répartition égalitaire des postes aux organes collégiaux - conseil de surveillance et directoire - bien que la participation au capital ait été inégalitaire, car l'un des actionnaires possédait une majorité nette - de 60% des titres). V. aussi dans la pratique grecque l'affaire présentée supra, dans laquelle une convention entre cédant un bloc de contrôle de la société et cessionnaire prévoyait le maintien du premier comme conseiller dirigeant de l'AE, bien que sa participation ait été désormais minoritaire, avec droit de révocation par le majoritaire seulement dans les cas d'incapacité mentale médicalement certifiée pour l'exercice de ses fonctions ou violation délibérée des plans d'entreprise adoptés par le conseil d'administration, dans lequel le cessionnaire allait avoir le contrôle.

<sup>1629</sup> V. P. Didier, t. 2, p. 315 suiv., P. Mousseron, op. cit., n° 422.

avec des pactes de préférence, les syndicats de blocage peuvent constituer un moyen de défense anti-OPA et de stabilisation du contrôle au sein des sociétés cotées<sup>1630</sup>. En droit grec, le syndicat en cause peut être caractérisé comme société civile de l'AK, dans laquelle les décisions peuvent être prises à la majorité, si ses statuts le prévoient. De la sorte pour la doctrine grecque, il y a un déplacement de pouvoir de l'assemblée des actionnaires de l'AE vers la société civile « sous-jacente » et une majorité stable peut se former au sein de l'AE, au prix pourtant d'une altération de fait du rôle attribué par la loi aux organes sociaux<sup>1631</sup>. Les conventions de vote peuvent concerner des questions particulières et la prise de décision dans une assemblée donnée, la convention étant souvent dans ce cas accessoire à une autre obligation principale de l'actionnaire<sup>1632</sup>. Il est toutefois évident que plus intéressantes, plus proches de la notion de montage et plus douteuses sont les conventions de vote créant des engagements plus permanents. On rencontre même des conventions de vote créant des situations de subordination à la charge d'un actionnaire, qui assume contractuellement l'obligation d'obéir aux instructions d'un autre actionnaire - une situation entrant en conflit avec le principe traditionnel du droit des sociétés d'égalité entre actionnaires<sup>1633</sup>. Dans les deux droits sous comparaison, les parties dans une convention de vote peuvent recourir pour son exécution aux techniques du mandat (en droit français) ou de la procuration (en droit grec), octroyés au profit du bénéficiaire de la convention ou d'un tiers, ce dernier pouvant ainsi voter dans l'assemblée comme mandataire ou représentant du promettant ou des parties, les parties obtenant ainsi une plus grande sécurité quant à la réalisation des objectifs poursuivis par le pacte. L'utilisation de ces techniques est facilitée par le fait que pour les deux droits sous comparaison il y a un droit de principe d'ordre public de l'actionnaire de se faire représenter dans l'assemblée (ainsi expressément art. L225-106 C.com., prévoyant que l'actionnaire peut se faire représenter par un autre actionnaire ou son conjoint et par toute personne physique ou morale dans les sociétés cotées, toute clause contraire étant réputée non écrite ; v. aussi en droit grec art. 27, 28 L2190/1920, sans distinguer entre AE cotées ou non) ; pourtant, ce droit de se faire représenter est soumis à différentes restrictions elles aussi d'ordre public aussi bien en droit français qu'en

---

<sup>1630</sup> V. sur les syndicats de blocage M. Germain-V. Magnier, op. cit., no 1609.

<sup>1631</sup> V. M.-Th. Marinos, p. 53-55. Sur cette même question de l'utilisation de la société civile entre actionnaires comme moyen de formation d'une majorité au sein de l'AE, v. N. Rokas, manuel précité, p. 80. Sur le cas de conventions entre actionnaires concernant la politique de la société et réalisant un transfert de facto de pouvoirs du conseil d'administration vers l'assemblée des actionnaires, v. M.-Th. Marinos, p. 56.

<sup>1632</sup> P. ex. convention de vote accessoire à un pacte d'inaliénabilité, ou à un pacte de non distribution de dividendes ou d'octroi d'un quitus aux membres du conseil d'administration - v. M.-Th. Marinos, op. cit., p. 53.

<sup>1633</sup> M.-Th. Marinos, op. cit., p. 53.

droit grec, étant donné qu'il peut ouvrir voie à des abus, restrictions qui ont naturellement des effets sur l'utilisation de ces techniques comme moyen d'exécution des conventions de vote<sup>1634</sup>. La doctrine grecque reconnaît d'ailleurs, en dehors de la procuration (plirexouciotita - art. 211 suiv. AK) l'Ermächtigung allemande (en grec exouciototici), autorisation donnée par une personne à un autre d'effectuer des actes juridiques concernant le patrimoine de celui qui donne l'autorisation au nom et dans l'intérêt du bénéficiaire de cette dernière, réputée applicable aussi dans le cadre d'exécution d'une convention de vote, réalisant pourtant en fait un transfert du droit de vote au bénéficiaire de l'autorisation<sup>1635</sup>. En voulant garantir l'application de leurs conventions plus que dans le cas d'utilisation de la technique du mandat ou procuration, les parties peuvent décider de donner des effets "réels" à leur pacte, avec transfert de propriété de titres, en ayant recours

---

<sup>1634</sup> Sur le mandat utilisé en relation avec les conventions de vote, v. P. Didier, op. cit., p. 316-317. Sur les restrictions v. le texte même de l'art. L225-106, prohibant a contrario pour les sociétés non cotées la représentation par une personne non actionnaire, sauf le conjoint ou la personne liée avec un pacte civil de solidarité avec lui- v. pourtant l'al. 1 de cet article, permettant la représentation par toute personne physique ou morale dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations d'un marché réglementée ou aux systèmes multilatéraux de négociation soumis à la réglementation contre les abus de marché, dans ce dernier cas si les statuts le prévoient. En droit français est exclu l'octroi d'un mandat irrévocable par un actionnaire ; en plus, selon la doctrine le droit français impose comme condition de la validité du mandat dans le cadre de l'assemblée des SA que ce dernier soit donné seulement pour une assemblée, la jurisprudence précisant qu'il doit être spécial (C. cass. Ch. com. 29 nov. 1994, Rév. soc. 1995, 714, note Y. Reinhard), les mandats permanents étant de la sorte exclus dans les SA françaises. V. pourtant à un sens inverse favorable à l'octroi de pouvoir de représentation L225-106 III al. 4 C.com., avec reconnaissance des mandats en blanc fonctionnant au profit des projets des dirigeants. Sur l'octroi de procuration – en droit grec acte unilatéral d'octroi de pouvoir de représentation, non causé, à savoir largement indépendant de la relation de base entre les parties, révocable à tout moment, irrévocable par stipulation de celui qui l'octroie seulement si elle sert aussi l'intérêt du représentant ou d'un tiers (irrévocable signifie ici révocable seulement pour cause grave) et pouvant être général et permanent - v. en général Ap. Georgiadis, « Principes généraux », p. 597 suiv., et pour son utilisation dans le cadre de l'exécution des pactes extrastatutaires M.-Th. Marinos, op. cit., p. 58-59, E. Perakis, thèse précitée, p. 106 suiv., 213 suiv. Le droit grec ne reprend pas la prohibition de principe du droit français de l'octroi de mandats à des non actionnaires dans les sociétés non cotées; pourtant, il prohibe par une disposition spéciale les procurations données aux dirigeants portant sur le vote de l'assemblée pour le quitus sur leur gestion (art. 35 par. 2 L2190/1920- v. supra Partie I sur les enjeux de ce vote en droit grec) et réglemente impérativement les procurations données par les actionnaires aux banques (forme écrite de la procuration, écrit complètement rédigé au moment de son émission, plafond de 15 mois pour la procuration, cette dernière étant expressément librement révocable- 30b L2190/1920). Sur la nullité de la procuration irrévocable, combinée avec renonciation au droit de vote par celui qui octroie la procuration, v. M.-Th. Marinos, p. 197. Une réforme du droit grec en 2010, tout en reconnaissant comme d'ordre public le droit de l'actionnaire de se faire représenter, a imposé comme limite aux procurations que ces dernières soient données pour une assemblée ou pour les assemblées allant avoir lieu dans une durée déterminée et a imposé aux représentants une obligation de transparence à l'égard de la société pour tout conflit d'intérêts entre eux et le représenté (art. 28 a par. 2 L2190/1920).

<sup>1635</sup> Sur l'exouciototici en général, son fondement dans l'art. 239 par. 1 AK, son caractère d'acte unilatéral, ses formes d'apparition v. Ap. Georgiadis « Principes généraux », p. 638 suiv. Sur son utilisation comme procédé d'exécution des conventions de vote v. E. Perakis, thèse précitée, p. 89-91.

aux techniques fiduciaires offertes par le droit français et le droit grec pour garantir la bonne exécution de leur convention de vote<sup>1636</sup> (v. en plus infra sur l'utilisation de sociétés comme matérialisation des pactes entre associés). Est aussi fréquent le recours aux clauses pénales –reconnues et réglementées par les deux droits sous comparaison (art. C. civ., 409 AK)- comme sanction de l'inexécution des conventions de vote par l'une des parties indépendamment de dommage du bénéficiaire de la clause<sup>1637</sup>. La consolidation des conventions de vote est d'ailleurs parfois poursuivie –notamment en France- par le recours à la technique sociétaire, avec apport des actions des membres de la convention à une société holding, de sorte que le ou les majoritaires dans la holding peuvent essentiellement contrôler les droits de vote découlant des actions de la première société apportées à la holding<sup>1638</sup>. La doctrine grecque relève la particularité des conventions de vote engageant l'ensemble des actionnaires, les conventions de vote agissant dans ce cas de figure selon un point de vue au prolongement des statuts, bien qu'il s'agisse d'une question débattue (v. infra)<sup>1639</sup>. Il est à noter qu'on rencontre aussi - en dehors des conventions de vote au sens strict - des conventions par lesquelles un actionnaire assume l'obligation à l'égard d'un autre actionnaire de s'abstenir de la participation et de l'expression de vote dans une assemblée, restriction conventionnelle forte à son droit de participer dans la vie "politique" de la société<sup>1640</sup>. Se pose en tout cas plus généralement la question si et dans quelque mesure les deux droits sous comparaison acceptent l'introduction par le biais de pacte extrasociétaires – relevant du droit des contrats et régulant les relations personnelles des actionnaires- de restrictions aux droits politiques des actionnaires reconnus comme étant d'ordre public par le droit des sociétés. Une référence doit en plus être faite aux pactes

---

<sup>1636</sup> Sur la cession fiduciaire - au sens de l'acquisition de la propriété dans un but déterminé - dans le cadre de l'exécution d'un pacte d'actionnaires (le but étant évidemment l'exécution du pacte), v. M.-Th. Marinos, op. cit., p. 58-59, E. Perakis, ibid. La cession fiduciaire peut se faire à un tiers qui acquiert les actions des parties au pacte, en s'engageant à voter selon les prescriptions du pacte. De la cession fiduciaire on pourrait rapprocher la création d'une indivision sur les titres des parties au pacte, normalement avec l'octroi à un tiers de pouvoir de gestion des actions communes dans le sens du pacte. Sur l'utilisation de la société en participation comme modalité de mise en oeuvre d'un pacte d'actionnaire, v. B. Dondero in « Ingénierie financière, fiscale et juridique », n° 77.55. La société en participation peut être connue des tiers, combinée dans ce cas de figure avec une indivision sur les titres des parties, mais elle peut aussi être occulte, cas dans lequel une seule personne sera associée à l'égard des tiers, tout en obéissant aux décisions de la collectivité des associés en participation. Sur l'utilisation du séquestre comme technique d'exécution d'un pacte d'actionnaires, v. B. Dondero, op. cit., n° 84.195. L'introduction de la fiducie en droit français comme institution reconnue et distincte peut offrir une nouvelle modalité d'exécution pour les pactes d'actionnaires avec un contenu politique, v. D. Reinhard – G. Podeur « Fiducie-gestion et pacte d'actionnaires », Bul. Joly soc. 2008, p. 652.

<sup>1637</sup> V. M. Th. Marinos, op. cit., p. 58.

<sup>1638</sup> V. M. Germain-V. Magnier, op. cit., no 1611.

<sup>1639</sup> M.-Th. Marinos, op. cit., p. 55.

<sup>1640</sup> S. Schiller, op. cit., n° 104, M.-Th. Marinos, op. cit., p. 53.

extrastatutaires liant dans le cadre de sociétés stratégiques grecques d'économie mixte (Aéroport d'Athènes, Gaz d'Attique) ou semi-privatisées (en fait en voie de privatisation totale – ainsi l'OTE- Organisme grec de Télécommunications) les actionnaires principaux, à savoir d'une part l'Etat grec ou des sociétés totalement contrôlées par lui et d'autre part un investisseur stratégique étranger (dans la plupart de cas allemand). L'objectif de ces pactes est de permettre à l'investisseur étranger d'acquérir – bien que minoritaire – le pouvoir dans la société, notamment par le transfert des pouvoirs du conseil d'administration (qui d'ailleurs est de composition en principe paritaire) à des organes exécutifs soit unipersonnels, soit pluripersonnels (mais le conseil maintient le plus souvent une compétence pour statuer à majorité renforcée pour une série de sujets particulièrement importants), le minoritaire ayant le droit de nommer l'exécutif unipersonnel ou le président du comité exécutif, tandis que l'Etat grec (dans la plupart des cas actionnaire majoritaire) maintient un droit accru d'information et un droit de veto pour une série de décisions de la plus haute importance pour la société ; pourtant, comme nous avons suggéré supra, ces pactes échappent à la problématique du droit commun des sociétés et de son ordre public dans leur relation avec le droit des contrats, comme ils sont ratifiés par des lois spéciales du Parlement grec<sup>1641</sup>.

#### **Les pactes aménageant les droits financiers des associés**

L'autre domaine sur lequel peuvent porter les pactes extrastatutaires est celui des droits financiers des associés. Comme nous avons vu dans la Partie I, les deux ordres publics sociétaires - celui français et celui grec - prévoient une participation des associés aux bénéfices et aux pertes, participation étroitement liée à la qualité même d'associé, en principe proportionnelle à la participation au capital, cette égalité proportionnelle n'étant pas d'ordre public, les statuts pouvant décider une autre répartition (dans les sociétés anonymes par le biais de l'émission d'actions de préférence ou privilégiées), avec comme limite la prohibition des clauses léonines. Ce principe d'ordre public de participation aux bénéfices et aux pertes peut toutefois être mis à l'épreuve par la conclusion de pactes extrastatutaires, par le biais desquels les associés - notamment les actionnaires - veulent organiser des situations atypiques, « sur mesure » dans la poursuite de leurs objectifs individuels, en allant plus loin que la simple répartition inégalitaire des résultats. C'est cette tentative d'aménagement ou de contournement des effets normaux de l'ordre public sociétaire français et grec qui donne aux pactes sous discussion la qualification de montages. Pour ne citer que quelques cas de figure, la doctrine française relève ainsi l'existence de pactes

---

<sup>1641</sup> V. la monographie précitée de N. Bassayannis, notamment p. 18 suiv.

extrastatutaires entre actionnaires par le biais desquels un actionnaire garantit contractuellement à un autre une rémunération minimale de son investissement si la société ne répartit pas de dividendes ou distribue des dividendes jugés insuffisants, une stipulation qui serait sans aucun doute non valable comme léonine si elle était conclue dans les statuts<sup>1642</sup>. A sens inverse, on fait mention à des pactes par le biais desquels des actionnaires renoncent contractuellement à la perception de dividendes, obligation qu'ils assument à l'égard d'un autre actionnaire, qui de sa part assume l'obligation de concourir par le biais de prêts aux besoins financiers de la société<sup>1643</sup>. On a en plus rencontré dans la pratique grecque des cas de renonciation en amont d'actionnaires aux bénéfices de la société au profit d'autres actionnaires pour plusieurs exercices<sup>1644</sup>. Se pose de la sorte essentiellement la question si l'on peut faire par le biais de pactes extrastatutaires ce qui serait comme stipulation statutaire prohibé par l'ordre public sociétaire ou du moins douteux, comme il y a dans ce cas une rupture potentielle entre participation au pouvoir sociétaire et participation au risque de l'affaire sociale, même si le moyen utilisé relève du droit des contrats et non du droit des sociétés. Même en dehors de la question des pactes octroyant formellement à l'une des parties une exonération de pertes ou le privant des bénéfices, des pactes prévoyant une répartition inégalitaire des bénéfices peuvent poser des problèmes, eu égard notamment du rapport de forces inégalitaire entre les parties et leur voisinage avec les clauses léonines ; ainsi, la pratique française a connu des conventions extrastatutaires aménageant les droits financiers des actionnaires à l'étape de la liquidation de la société, avec l'octroi de droits préférentiels (notamment sur le boni de liquidation) à certains actionnaires - des clauses très fréquentes au profit d'actionnaires financiers lors de la bulle de la « nouvelle économie », ayant comme destination à leur attribuer l'essentiel de l'actif net éventuel de la société si l'affaire allait mal et la liquidation amiable semblait la solution préférable<sup>1645</sup>. D'ailleurs, on pourrait dire que l'utilité de tels pactes extrastatutaires de répartition inégale de bénéfices par rapport aux statuts peut exister en droit français si la société exploite sa possibilité de prévoir l'émission d'actions de préférence avec des privilèges pécuniaires mais sans droit de vote, en liant de la sorte privilège pécuniaire et privation du droit de vote (v. supra sur les actions de préférence introduites en 2007 et sur le dualisme antérieur entre actions privilégiées sans droit de vote et actions de priorité avec

---

<sup>1642</sup> H. Hovasse- M. Deslandes- R. Gentilhomme, « Pactes extrastatutaires et partage des bénéfices », *Dr. sociétés-Actes Pratiques*, n° 23, 1995, p. 11 suiv., S. Schiller, op. cit., n° 119.

<sup>1643</sup> M.-Th. Marinos, op. cit., p. 57-58.

<sup>1644</sup> V. ainsi infra sur cette affaire jugée par *Areios Pagos*.

<sup>1645</sup> S. Schiller, op. cit., n° 124. Selon cet auteur, quand la bulle a éclaté au début des années 2000, dans la plupart des cas les bénéficiaires ont choisi à renoncer à ces clauses et à renégocier avec les fondateurs, en craignant leur qualification comme léonines.

droit de vote)<sup>1646</sup> ; on pourrait de la sorte imaginer la possibilité pour les actionnaires de s'efforcer par le biais de pactes extrastatutaires de combiner les privilèges pécuniaires avec le maintien des droits de vote du bénéficiaire de ces privilèges, bien que pour les statuts d'une SA donnée les privilèges financiers octroyés par certaines actions soient liés à la privation du droit de vote. En droit grec, les actions offrant un avantage pécuniaire peuvent, comme en droit français, être émises avec ou sans droit de vote, et de la sorte il y a aussi un motif pour recourir à des pactes extrastatutaires, si pour les statuts d'une AE privilège financier découlant de l'action et privation du droit de vote sont liés. En plus, avant 2007 les privilèges financiers que les actions pouvaient incorporer étaient limitativement prévus par la loi grecque (v. supra), chose qu'on pourrait dire qu'elle donnait un motif pour le recours aux pactes extrastatutaires en la matière ; mais on peut considérer que la réforme de 2007, permettant l'émission d'actions avec toute sorte d'avantage patrimonial, a diminué aussi les motifs pour le recours à des pactes extrastatutaires prévoyant une répartition inégalitaire des droits patrimoniaux entre actionnaires. Il se peut encore aussi bien en droit français qu'en droit grec que l'émission d'actions de préférence ou offrant des privilèges patrimoniaux réservées à certains actionnaires ne soit pas dans certains cas politiquement possible au sein de la société, et dans ce cas le recours à des pactes extrastatutaires avec effet relatif prévoyant des relations patrimoniaux inégalitaires entre certains actionnaires maintient une utilité.

## **B. Le problème de la licéité des pactes extrastatutaires entre associés**

### **L'affirmation de la licéité de principe des pactes dans les deux droits sous comparaison**

Aujourd'hui, ni le droit français ni le droit grec ne contiennent une disposition de droit des sociétés de portée générale - ou du moins de dispositions expresses concernant les types sociaux les plus importants - par lesquelles la validité des pactes extrastatutaires serait expressément reconnue ou rejetée. Il est vrai que le droit grec, en introduisant en 1977 le type spécial de la société maritime (naftiki etairia -v. supra. Partie I), a reconnu expressément comme valables les conventions de vote entre ses actionnaires (art. 25 par. 2 L959/1979) - et on pourrait tirer de cette reconnaissance avec l'argument de l'analogie une

---

<sup>1646</sup> Sur ces actions- supprimées pour l'avenir après 2004- v. le Traité de Ripert-Roblot par M. Germain-V. Magnier, no 1549-2, M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy, nos 955-956.



reconnaissance de ces pactes pour le type social de base de la société maritime qu'est la société anonyme grecque (AE). Pourtant, la question des pactes extrastatutaires et de leur licéité a une importance et une valeur juridique plus générales pour pouvoir être résolue simplement par le recours à l'analogie sur le fondement de la réglementation d'un type social spécial, d'autant plus qu'à partir de cette reconnaissance expresse des conventions de vote dans une forme sociale on pourrait aussi raisonner a contrario que de telles conventions sont exclues dans les autres formes sociales pour lesquelles la loi ne prévoit pas expressément cette « faveur ». D'ailleurs, les pactes extrastatutaires entre associés étaient vus dans le passé avec suspicion ou même rejet par une partie très importante de la doctrine dans plusieurs pays, dont particulièrement la France, et leur opposition à l'ordre public sociétaire était pour plusieurs auteurs présumée. Particulièrement vive était l'inquiétude et l'opposition à l'égard des conventions de vote entre actionnaires<sup>1647</sup>. Pour un courant important d'auteurs - notamment en France - le droit de vote de l'actionnaire était un « droit-fonction » devant être exercé dans l'intérêt non seulement de l'actionnaire qui est son titulaire, mais aussi dans celui de la société, et de la sorte l'actionnaire ne pourrait pas s'engager librement sur un droit qui n'était pas reconnu seulement dans son propre intérêt et par conséquent dont il n'avait pas la pleine disposition. Selon ce même courant de pensée, l'engagement de l'actionnaire de voter dans un certain sens déjà avant l'assemblée était contraire au rôle de l'assemblée générale prévu par la loi et à la valeur du débat dans cette assemblée pour la prise de décisions, un débat que la loi s'efforçait et s'efforce de garantir par plusieurs dispositions impératives (v. supra, Partie I sur ces blocs d'ordre public dans les deux droits sous comparaison). Les conventions de vote étaient aussi vues d'une manière négative par ce même courant de pensée, réputées contraires aux principes d'ordre public de l'indivisibilité des droits de l'actionnaire, de la liberté de l'actionnaire quant à l'exercice de son droit de vote et de l'égalité entre actionnaires, ainsi qu'à la connexion voulue par la loi dans la société anonyme entre la participation au capital et la participation au pouvoir politique au sein de la société (connexion elle-même fondée sur le lien nécessaire entre le risque et le pouvoir)<sup>1648</sup>. En 1937 un décret-loi a même banni expressément - évidemment sous l'influence de ce courant de pensée négatif à l'égard des conventions de vote, mais aussi de l'ambiance politique et idéologique de l'époque en

---

<sup>1647</sup> V. pour une présentation de ce débat dans plusieurs pays européens la thèse classique précitée du Pr. E. Perakis, p. 55 suiv.

<sup>1648</sup> V. sur le débat en France sur les conventions de vote P. Didier, t. 2, p. 315 suiv., E. Perakis, thèse précitée, p.58-61.

France - tout engagement conventionnel du vote de l'actionnaire<sup>1649</sup>. Mais la jurisprudence française qui avant 1937 tenait une position « centriste » en la matière, en distinguant entre « bonnes » et « mauvaises » conventions de vote, a été pratiquement restée fidèle à cette ligne, en condamnant le décret-loi de 1937 à l'ineffectivité, jusqu'à sa suppression implicite par la grande loi sur les sociétés commerciales de 1966<sup>1650</sup>. Pour ce qui concerne les pactes restreignant les cessions de titres, la contestation de leur validité se fondait notamment sur le principe de la libre négociabilité des actions, principe réputé d'ordre public et pour lequel on pourrait considérer que seules des exceptions prévues par la loi étaient permises<sup>1651</sup>. Une autre source de contestation pour les pactes entre actionnaires portant sur la cession d'actions était la prohibition de portée générale en droit français des clauses léonines (V. supra, Partie I), dans le cas où les pactes en cause introduisent des prix planchers pour ces cessions<sup>1652</sup>. On peut d'autre part dire que la doctrine grecque avait dans son ensemble une attitude plus libérale et plus favorable à l'égard des conventions entre actionnaires que celle française (qui, pourtant, elle-même n'était pas unanime dans la condamnation de ces conventions)<sup>1653</sup>.

Aujourd'hui, les deux droits sous comparaison, le droit français et le droit grec, sans dispositions expresses sur les pactes extrastatutaires entre actionnaires des SA/ AE, mais selon leur interprétation par la jurisprudence et la doctrine, convergent à la reconnaissance du principe de la licéité des pactes entre associés ou actionnaires sur un fondement commun, à savoir celui de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle prévalant dans les relations entre actionnaires<sup>1654</sup>. La doctrine grecque invoque d'ailleurs un fondement constitutionnel à cette liberté de principe des associés ou actionnaires de s'engager réciproquement par le biais de pactes extrastatutaires, comme expression de leur

---

<sup>1649</sup> V. sur le décret-loi de 1937 P. Didier, t. 2 p. 319. Le décret déclarait nulles et de nul effet, dans leurs dispositions principales ou accessoires, les clauses ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte au libre exercice du droit de vote dans les assemblées générales des sociétés commerciales.

<sup>1650</sup> P. Didier, *op. cit.*, p. 319-320. La non reprise de la prohibition du décret de 1937 par la grande loi de 1966 sur les sociétés commerciales a fourni bien sûr un argument très important pour la reconnaissance de la licéité de principe des conventions de vote.

<sup>1651</sup> V. Y. Guyon, *op. cit.*, n° 219 sur la méfiance traditionnelle de la doctrine et de la jurisprudence françaises à l'égard des clauses extrastatutaires d'agrément - notamment celles ne prévoyant pas une obligation de rachat des actions.

<sup>1652</sup> P. Didier, t. 2 p. 37 suiv. sur les clauses léonines et les conventions extrastatutaires.

<sup>1653</sup> V. ainsi p. ex. le traité sur le droit des sociétés de L. Georgakopoulos -t. 2, p. 326 suiv.- et l'ouvrage sur les AE d'I. Passias - t. 1, p.338 suiv.

<sup>1654</sup> Ainsi J.-P. Storck « La validité des conventions extrastatutaires », D. 1989, chronique, p. 268, suiv., spéc. n° 4 et sur les pactes entre actionnaires largement conçus comme expression de principe fondamental du droit français de l'autonomie de la volonté S. Schiller, *op. cit.*, n° 1. Plus nuancé sur les pactes extrastatutaires Y. Guyon *op. cit.* n° 201. Pour le droit grec v. E. Perakis, thèse précitée, p. 117-118, M.-Th. Marinos, *op. cit.*, p. 15 suiv.

liberté de développement de leur personnalité dans son aspect de la participation à la vie économique (art. 5 de la Constitution grecque)<sup>1655</sup>. Les pactes extrastatutaires ne sont pas de la sorte désormais réputés ipso facto contraires à l'ordre public sociétaire ou frauduleux, bien que l'on reconnaisse que par eux est souvent organisée une « fuite » par rapport aux prescriptions de l'impératif du droit des sociétés<sup>1656</sup>. La réaffirmation plus générale du principe de l'autonomie de la volonté et la suspicion à l'égard de l'impératif légal - des tendances exprimant plus généralement un tournant vers l'individu et le marché et une désaffection à l'égard de l'intervention étatique - ont joué leur rôle dans cette évolution. L'argument « pragmatique » tiré de l'opportunité des pactes en cause a aussi été utilisé pour la reconnaissance de leur licéité de principe, car les pactes extrastatutaires entre associés peuvent attribuer une flexibilité dans la vie juridique des sociétés, en façonnant des situations « sur mesure » mieux adaptées aux aspirations et aux intérêts des associés<sup>1657</sup>. La doctrine grecque insiste en plus sur la différence de sphères - d'une part la sphère organisationnelle du mécanisme de la société et des statuts, directement réglementée par le droit des sociétés et son impératif, d'autre part la sphère personnelle de l'associé, dans laquelle ce dernier peut en principe valablement assumer contractuellement des obligations quant à ses droits dans la société - une différence qui aboutit à la reconnaissance de principe de la validité des pactes entre associés, réputés ainsi relever du droit des contrats et échapper au droit organisationnel<sup>1658</sup>. On peut de la sorte considérer comme acquis qu'en droit français et en droit grec les pactes entre associés sont en principe libres, conformément au principe de l'autonomie de la volonté, n'étant pas ipso facto contraires à l'ordre public sociétaire. On pourrait ainsi dire qu'une pratique de montages généralement réussie et réputée nécessaire a provoqué une nouvelle détermination des frontières de l'ordre public sociétaire et plus particulièrement son recul, avec la reconnaissance que les pactes entre associés ne sont pas contraires à ce dernier ipso facto et l'abandon des opinions contraires. Pourtant, cette reconnaissance de la licéité de principe des pactes extrastatutaires entre associés et le rejet de leur opposition ipso facto à l'ordre public sociétaire ne résout pas tous les problèmes quant à leur licéité ni en droit français ni en droit grec. En principe libres et non contraires à l'ordre public sociétaire par leur existence même, les pactes extrastatutaires n'échappent pas au principe plus général que le contenu d'un acte juridique ne doit pas être contraire aux règles et principes

---

<sup>1655</sup> M.-Th. Marinos, *op. cit.*, p.17-18.

<sup>1656</sup> M.-Th. Marinos, *op. cit.*, p. 41 suiv.

<sup>1657</sup> S. Schiller, *op. cit.* n° 1, M.-Th. Marinos, *op. cit.*, p. 43, 59.

<sup>1658</sup> V. E. Perakis, thèse précitée, p. 12-13, M.-Th. Marinos, *op. cit.*, p. 31 suiv., p. 101 suiv., 158.

d'ordre public, et ne pourrait pas être accepté un point de vue qui soutiendrait que l'ordre public sociétair e n'aurait aucun rôle dans le contrôle la licéité des pactes extrastatutaires car il s'agirait de relations entre actionnaires comme particuliers et non de relations sociétaires ; c'est parce que les pactes extrastatutaires peuvent avoir des effets indirects mais essentiels dans l'organisation sociale et exercer une influence de la sorte au champ de relations réglementé par l'ordre public sociétair e. La non condamnation ipso facto des pactes entre associés ne signifie pas de la sorte que ces derniers ne puissent pas être réputés contraires à l'ordre public sociétair e comme conséquence de l'examen de leur contenu. Même la séparation entre la sphère du droit des sociétés et la sphère individuelle de chaque actionnaire reconnue par la doctrine grecque n'aboutit pas à une séparation absolue, cette même doctrine reconnaissant une intervention «indirecte» de la première dans la seconde (v. infra)<sup>1659</sup>. D'où des incertitudes importantes quant au degré d'intervention de l'ordre public sociétair e dans les relations extrasociétaires mais ratióne societatis des associés et quant aux limites que l'ordre public sociétair e impose aux pactes extrastatutaires entre associés dans les deux pays sous comparaison, avec un danger évident d'un cercle vicieux conceptuel quant à la question de leur licéité. On doit d'ailleurs prendre en compte que la licéité de ces pactes doit souvent être appréciée en droit français et en droit grec non seulement à la lumière du droit des sociétés au sens strict et de son impératif, mais aussi à la lumière d'un ordre public économique plus général - ordre public économique sociétair e au sens large - applicable à ces institutions juridico-économiques très importantes que sont ou peuvent être les sociétés.

### **Les limites imposées aux pactes extrastatutaires par l'ordre public économique sociétair e en France**

Pour la doctrine française, les pactes extrastatutaires entre associés, tout en étant en principe licites comme phénomène juridique, occupent une place inférieure dans la hiérarchie juridique des normes réglementant le domaine des sociétés<sup>1660</sup>. Il en résulte d'abord naturellement que serait prohibée la clause d'un pacte extrastatutaire qui irait à l'encontre d'une disposition de la loi en général (droit pénal, droit fiscal) mais aussi plus particulièrement qui serait contraire aux dispositions réglementant le domaine des sociétés, étant bien sûr entendu qu'il s'agit de dispositions impératives, d'ordre public sociétair e<sup>1661</sup> ;

---

<sup>1659</sup> V. ainsi E. Perakis, *op. cit.*, p. 14.

<sup>1660</sup> J.-P. Storck, article précité, n° 4.

<sup>1661</sup> V. sur les limites des conventions extrastatutaires résultant de règles d'ordre public Y. Guyon, *op. cit.* n° 201, J.-P. Storck, *op. cit.* n° 5 suiv. Selon ce dernier auteur, les clauses prohibées par la loi impérative pour les statuts sont aussi ipso facto prohibées pour les pactes extrastatutaires,

conformément à la théorie générale du droit français, serait prohibée non seulement une opposition directe à la règle impérative, mais aussi les efforts de son contournement par le recours à la fraude à la loi (v. supra, Partie I)<sup>1662</sup>. On devrait réputer que le même vaut pour les principes d'ordre public "virtuel" du droit des sociétés. En plus de cette restriction fondamentale, la doctrine française considère que la loi établit dans certaines matières un monopole statutaire impératif, dans le domaine duquel les pactes extrastatutaires ne peuvent pas empiéter<sup>1663</sup>. Encore plus, pour la doctrine française la hiérarchisation des normes réglementant les sociétés s'exprime par la supériorité des statuts et le caractère infra-statutaire des pactes extrastatutaires, de sorte que se trouverait condamnée une clause d'un pacte extrastatutaire contraire à une stipulation des statuts de la société<sup>1664</sup>. En dehors de ces limites portées à la licéité des pactes extrastatutaires par le respect dû à la loi et aux statuts, les pactes en cause doivent pour être licites ne pas entrer en opposition avec l'intérêt social, notion débattue (v. supra, Partie I), mais exprimant en tout cas un intérêt synthétisant les besoins d'une coopération entre individus au sein de l'organisation sociale, de sorte que la simple poursuite de l'intérêt individuel de chaque associé s'en trouve dans une certaine mesure limitée ou canalisée<sup>1665</sup>. On voit de la sorte que la séparation de la sphère du droit des sociétés et de celle du droit des contrats est pour ce qui concerne les pactes extrastatutaires relative en France, les pactes en cause étant soumis à l'ordre public sociétaire, soit directement, soit indirectement (par le biais du rôle attribué par l'ordre public

---

le même auteur parlant ainsi de subordination égalitaire des conventions statutaires et extrastatutaires aux dispositions légales.

<sup>1662</sup> V. J.-P. Storck, *op. cit.* n° 7, considérant qu'il y a fraude à la loi dans les cas où il y a insertion dans une convention extrastatutaire d'une clause qui est prohibée par la loi expressément seulement pour le cas de son insertion dans les statuts, le pacte étant ainsi utilisé dans le but d'éviter cette prohibition légale.

<sup>1663</sup> J.-P. Storck, *op. cit.* n° 13 suiv. se référant aux dispositions supplétives de la loi laissant aux statuts la possibilité de réguler les relations dans la société ou les modalités d'application des règles légales, soulignant toutefois que la jurisprudence française, tout en étendant parfois le domaine réservé aux statuts à des clauses essentielles qui ne peuvent figurer que dans les statuts, a pour le reste une conception restrictive de ce domaine réservé, en le limitant aux strictes prévisions légales.

<sup>1664</sup> Y. Guyon, *op. cit.* n° 201-202, J.-P. Storck, *op. cit.* n° 10-11. Selon Y. Guyon pourrait être sauvé un pacte contraire aux statuts - évidemment conclu par l'ensemble des associés - s'il peut être vu comme équivalant à une modification informelle des statuts. En tout cas, un tel pacte serait inopposable aux tiers -Y. Guyon *op. cit.* no 202. Pour des cas exceptionnels dans lesquels les pactes entre associés peuvent être opposables aux tiers, notamment aux cessionnaires de droits sociaux, v. Y. Guyon *ibid.*, C. cass. 1<sup>ère</sup> Ch. Civ. 15 nov. 1994, RTD civ. 1995, 364 note J. Mestre. Contre l'opinion dominante d'une relation hiérarchique entre statuts et pactes extrastatutaires P. Mousseron, *op. cit.* nos 58 suiv.

<sup>1665</sup> Sur la non opposition à l'intérêt social comme condition de validité des pactes extrastatutaires v. Y. Guyon, *op. cit.* n° 201. Pour une conception minimaliste de la non opposition à (et non conformité avec) l'intérêt social v. A. Viandier, « Observations sur les conventions de vote », JCP E, 1986, 15405, p. 179, P. Mousseron, *op. cit.* n° 61 (ce dernier auteur contestant en plus la valeur même de la notion d'intérêt social comme critère de licéité des pactes sociétaires).

sociétaire français aux statuts - forme d'ordre privé organisationnel - et à l'intérêt social comme expression d'une coopération au sein de la société - v. les art. 1832, 1833 C.civ ). On voit en plus que l'existence et l'intérêt de l'organisation –l'entreprise - exprimée par la société exercent leur influence par le biais de la notion d'intérêt social sur la question de la licéité de ces relations contractuelles entre associés que sont les pactes extrastatutaires. La solution est tout à fait logique, étant donné que les pactes extrastatutaires ne sont pas le plus souvent de simples régulations ponctuelles des relations entre associés mais des efforts de produire des situations juridiques atypiques au sein de la société avec des implications à la physionomie de cette dernière, exactement des montages tels que nous les entendons. En dehors des règles et principes du droit des sociétés, les pactes extrastatutaires entre associés doivent bien sûr respecter les prescriptions impératives du droit des obligations<sup>1666</sup>. Il est toutefois vrai qu'entre droit des sociétés et droit des obligations la séparation en la matière n'est pas étanche, car c'est par les notions du droit fondamental du droit français des obligations d'objet et de cause qu'est appréciée la conformité ou non d'un contrat à l'ordre public, et plus particulièrement à l'ordre public sociétaire<sup>1667</sup>.

Plus particulièrement pour ce qui concerne les conventions de vote, le droit français prévoit une prohibition absolue des conventions consistant à céder le droit de vote d'un actionnaire contre un avantage en nature ou en numéraire, conséquence logique de la pénalisation par la loi d'un pareil comportement (L242-9 3° C.com)<sup>1668</sup>. En dehors de ce cas de figure de conventions de vote expressément prohibées, les conventions de vote semblent réputées en principes licites, sous les conditions d'absence d'opposition à la loi impérative, à l'ordre public sociétaire «virtuel », aux statuts ou à l'intérêt social, comme c'est le cas avec tous les pactes extrastatutaires entre associés<sup>1669</sup>. Mais c'est exactement ce

---

<sup>1666</sup> S. Schiller, *op. cit.* n° 5.

<sup>1667</sup> Sur les pactes extrastatutaires et la théorie de la cause v. notamment J.-Ph. Dom, thèse précitée n° suiv., P. Mousseron, *op. cit.* n° 61 (avec une conception restrictive). Sur les pactes extrastatutaires du point de vue de la théorie de l'« effet de l'obligation » v. Y. Guyon *op. cit.* n°201, N. Rontchevsky « L'effet de l'obligation », *Economica* 1998, n° 494.

<sup>1668</sup> Selon l'art. L242-9 « est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 9000 €... 3° le fait de se faire accorder, garantir ou promettre des avantages pour voter dans un certain sens ou pour ne pas participer au vote, ainsi que le fait d'accorder, garantir ou promettre ces avantages ». Sur la nullité des conventions de vote conclues en violation de la prohibition de cet article, v. Y. Guyon, *op. cit.* n° 288, S. Schiller, *op. cit.* n° . Le terme « avantage » doit être conçu au sens étroit, comme la rémunération d'un trafic d'influence (Y. Guyon, *ibid.*).

<sup>1669</sup> Y. Guyon, *op. cit.* n° 289 suiv., S. Schiller, *op. cit.* n° 106 suiv.,. Il est toutefois vrai que cette opinion, bien que dominante, ne fait pas l'unanimité dans la doctrine- v. quant au débat dans la doctrine française S. Schiller *op. cit.*, no 106, s'exprimant pour une présomption de licéité des conventions de vote, celui qui les conteste ayant la charge de prouver leur caractère frauduleux ou contraire à l'intérêt social. Selon Y. Guyon (*op. cit.*, n° 290) «le moment semble proche, sinon déjà

dernier critère, celui de l'intérêt social, qui constitue le plus souvent le critère essentiel de l'appréciation ou non de la licéité de la convention de vote, selon une appréciation globale de l'opération réalisée par la convention de vote et de sa finalité, et peut justifier des restrictions aux droits de vote d'un actionnaire assumées par le biais de telles conventions ; ainsi, selon la jurisprudence française, non seulement le contenu de la convention doit ne pas être contraire à l'intérêt social, p. ex. en empêchant une opération nécessaire pour la société ou en visant à une opération dommageable pour cette dernière, mais aussi l'engagement pris par l'actionnaire et la restriction en découlant dans sa liberté « politique » sont acceptés quand elles peuvent être réputés servir l'intérêt social, en tendant à une opération ou création d'une situation bénéfiques à la société. La formule semble soumettre la validité des conventions de vote à une condition de preuve de service de leur part de l'intérêt social, mais en fait cette invocation de l'intérêt social a joué dans le sens de légitimation les conventions de vote<sup>1670</sup>. Les principes de l'ordre public sociétaire français maintiennent pourtant eux aussi un rôle direct dans l'appréciation et les limites de cette licéité : sont ainsi réputées prohibées les conventions de vote aboutissant à une aliénation de fait du droit de vote de l'actionnaire, sur le fondement de la pensée que le droit de vote est un attribut essentiel de la qualité d'actionnaire et que ce dernier ne peut pas de par sa propre volonté scinder son titre et céder de fait son droit de vote. La reconnaissance par le droit français d'actions de préférence sans droit de vote même sans d'autres avantages en contrepartie de cette privation ne change pas les choses en matière des limites des conventions de vote, car la loi confie l'introduction de telles actions –tout en y imposant des limites (v. supra)- à la collectivité des actionnaires et aux statuts qui offrent l'avantage de la publicité, tandis que des pactes entre actionnaires réalisant une aliénation de fait du droit de vote de certains d'eux peuvent aboutir à des situations opaques pour les tiers et imprévues par les autres actionnaires au sein de la société ; on pourrait aussi dire que c'est une chose d'entrer dans une société comme actionnaire sans droit de vote, situation essentiellement hybride entre actionnaire traditionnel et créancier avec participation aux bénéfices, et autre chose d'entrer comme actionnaire avec de pleins droits pour se soumettre par la suite par

---

atteint, où la validité [des conventions de vote] sera présumée et où l'annulation supposera que le demandeur prouve que la convention est contraire à l'intérêt de la société ou frauduleuse ».

<sup>1670</sup> Ainsi d'abord Trib. com. Paris 1 août 1974, Rev. soc. 1974, 685 note B. Oppetit, RTD com. 1975, 130, note R. Houin, dans la fameuse à son époque affaire Schneider - Marine-Firminy et par la suite Ch. com. C. cass. 19 déc. 1983, Rev. soc. 1985, 105, note D Schmidt, dans l'également célèbre affaire Rivoire - Carret Lustucru. V. aussi postérieurement Ch. com. C. cass. 2 juillet 1985, Bull. Joly 1986, 374, CA Paris 30 juin 1995, JCP E 1996, 795, note J.-J. Daigre. La jurisprudence identifie souvent l'intérêt social avec l'utilité économique pour la société. V. Y. Guyon, *op. cit.* n° 289, soulignant la flexibilité mais aussi l'insécurité produites par le recours à la notion d'intérêt social et pour des exemples de conventions de vote réputées conformes à l'intérêt social v. Y. Guyon *ibid.*, S. Schiller, *op. cit.* n° 108.

un pacte à la volonté d'un autre tout en restant formellement actionnaire avec droit de vote, le deuxième cas comportant une aliénation de liberté que le droit français plus généralement ne voit pas avec faveur<sup>1671</sup>. En tout cas, sont réputées nulles les conventions de vote créant des engagements permanents pour un actionnaire, car elles créeraient une atteinte insupportable à la liberté de l'associé ou réaliseraient une aliénation de son droit de vote sans cession de son titre ; seraient aussi réputés non valables les « syndicats de blocage » créant un engagement indéfini de l'actionnaire de voter selon les instructions de la majorité<sup>1672</sup>. Mais la jurisprudence française a d'autre part abandonné son attitude hostile à l'égard des sociétés holdings consolidant les conventions de vote dans une autre société et a reconnu leur validité<sup>1673</sup>. Les conventions de vote doivent en plus porter sur des objets spécifiés et des engagements de portée générale sont vus avec suspicion, comme difficilement compatibles avec l'intérêt social et susceptibles de dissimuler des fraudes<sup>1674</sup>. Par contre, des pactes imposant une concertation ou même l'obligation de tenir une position commune à l'égard de l'assemblée seulement pour une durée temporaire et pour des objets spécifiés sont réputées valables<sup>1675</sup>. Autre manifestation d'un principe d'ordre public sociétaire, les pactes entre actionnaires concernant la nomination des dirigeants et étant conformes à l'intérêt social doivent laisser aux parties une certaine liberté dans leur choix<sup>1676</sup>. La convention de vote ne doit pas non plus porter une atteinte au droit d'ordre

---

<sup>1671</sup> Sur les conventions de vote et les actions de préférence sans droit de vote et la cession ou renonciation au droit de vote pouvant résulter d'une telle convention v. M. Germain- V. Magnier in « Traité » de G. Ripert-R. Roblot, nos 1609-1610.

<sup>1672</sup> V. sur la prohibition des conventions de vote permanentes Ch. com. C. cass. 16 juin 1974, RID com. 1977, 84, note D. Randoux, S. Schiller, *op. cit.* n°105. Pourtant, selon Y. Guyon (*op. cit.* n° 289) « on estime souvent que pour être valable la convention [de vote] doit être conclue pour une durée déterminée. Cette opinion est contestable car une telle convention est finalement plus contraignante qu'un engagement conclu sans limitation de durée, car celui-ci peut être résilié à tout moment par le promettant à condition d'agir de bonne foi et de respecter un préavis ». Sur la prohibition des syndicats de blocage comme expression d'une cession du droit de vote de l'actionnaire, v. M. Storck, « La réglementation des conventions de vote », R. j. com. 1991, p. 97 suiv., spéc. p. 102. Comp. M. Germain- V. Magnier in Traité de Ripert-Roblot, no 1612, soutenant pour ce qui concerne les syndicats de blocage que « ... la jurisprudence moderne paraît orientée vers une appréciation favorable des constructions de ce genre », ainsi que les constructions en cause sont très rarement contestées devant les tribunaux et elles sont garanties par des pénalités privées (remise de chèques en blanc, dépôt de garantie entre les mains d'un tiers).

<sup>1673</sup> Ainsi Ch. com. C. cass. 2 juillet 1985, Rev. soc. 1984, 798. V. sur l'évolution de la jurisprudence française en la matière M. Germain-V. Magnier in Traité de Ripert-Roblot, no 1611.

<sup>1674</sup> V. ainsi Y. Guyon, *op. cit.*, no 289.

<sup>1675</sup> Sur le caractère temporaire comme condition de validité des conventions de vote v. M. Jeantin « Les conventions de vote » in « La stabilité du pouvoir dans les sociétés », R. j. com. nov. 1990, n° spécial, p. 124, S. Schiller, *op. cit.* p.106. V. toutefois supra note précédente sur les objections du Pr. Guyon. Pourtant, selon le Pr. M. Storck (*op. cit.*, p. 103) « l'engagement individuel de voter dans un sens déterminé par avance avant même que se réunisse l'assemblée générale, est inefficace ».

<sup>1676</sup> Dans l'arrêt Rivoire-Carret -Lustucru, la Cour de cassation semble avoir accepté la validité des restrictions conventionnelles au pouvoir des majoritaires de nommer des membres des



public des actionnaires de révoquer librement les membres du conseil d'administration ou à celui des membres du conseil de révoquer le président-directeur général, ni une atteinte au droit des organes compétents de révocation du directeur général ou des membres du directoire pour juste motif– mais sont acceptables des pactes aménageant les effets de la révocation ad nutum, p. ex. en imposant une obligation d'indemnisation par le majoritaire ou un tiers en cas de révocation, du moins si la révocation n'est pas justifiée par une faute du dirigeant, pourvu que les pactes en cause n'exercent un effet dissuasif sur la volonté du majoritaire de révoquer le dirigeant<sup>1677</sup>. Il est à noter que si les particuliers veulent obtenir davantage que la loi ne leur permet d'effectuer en matière de révocation des dirigeants des SA soit directement, par le biais de clauses statutaires, soit indirectement, par le biais de pactes entre actionnaires, ils peuvent recourir à la forme sociale de SAS, qui, tout en étant une société par actions, est largement laissée au domaine de la liberté statutaire, tout en

---

organes sociaux (dans cette affaire, la convention de vote entre actionnaires prévoyait une répartition égalitaire des postes au directoire et au conseil de surveillance, bien que l'un des actionnaires ait eu à sa possession les 60% du capital social), dès que la convention en cause sert l'intérêt social. Sur les limites du licite et de l'illicite pour les conventions de vote concernant la nomination des organes sociaux v. S. Schiller, *op. cit.* n° 140. Contre la validité de l'engagement avant l'assemblée de voter pour un administrateur déterminé M. Storck, *op. cit.* p. 103, sur le fondement de la violation du principe du libre choix des dirigeants sociaux.

<sup>1677</sup> Sur la défaveur de la jurisprudence française à l'égard des conventions restreignant la révocabilité ad nutum des organes de direction de la SA v. Y. Guyon, *op. cit.*, n°273. Il est vrai que le législateur français a introduit des postes de direction non révocables ad nutum (membres du directoire, après 2001 directeur général), chose qui prouve « que la révocabilité ad nutum n'est pas de l'essence de la société anonyme », mais aussi diminue la valeur de la recherche d'une garantie extrastatutaire de stabilité (Y. Guyon, *ibid*). Pourtant, selon ce même auteur, « la fermeté de la jurisprudence s'est maintenue de telle sorte que les conventions tendant à éviter la révocation sont généralement nulles, ce qui oblige à recourir à des accords qui tendent seulement à limiter les conséquences de celle-ci » (*ibid*). Ce qu'il faut comprendre de ces considérations est, croyons-nous, que la restriction conventionnelle du pouvoir majoritaire dans la SA quant à la nomination des membres des organes sociaux n'immunise pas les membres de ces organes élus en exécution de la convention face au danger de la révocation ad nutum, si la loi le prévoit, sur décision du majoritaire, chose qui vide aussi largement de sens les conventions obligeant un actionnaire majoritaire de faire élire certaines personnes spécialement désignées aux postes de direction révocables ad nutum. La doctrine française est plus particulièrement hostile aux conventions - fréquentes pourtant dans la pratique - visant au maintien au conseil d'administration d'un actionnaire qui n'a plus la majorité des actions –v. Y. Guyon, *op. cit.* nos 274, 290, soulignant qu'une convention de maintien dans les fonctions serait conclue dans l'intérêt du dirigeant, non dans celui de la société, comme il est nécessaire pour la validité des conventions de vote, car il serait difficile de comprendre de quelle manière serait servi l'intérêt social par le maintien en place d'un dirigeant ayant perdu la confiance du majoritaire. Selon le Pr. Schiller (*op. cit.* n° 140), la clause qui réserverait au cédant d'un paquet de titres la possibilité de continuer à choisir un nombre défini d'administrateurs pendant une certaine période - et d'autant plus, peut-on dire, le pacte prévoyant l'irrévocabilité du cédant de son poste de direction - ne serait pas seulement nulle, mais tomberait aussi dans le champ de la prohibition de l'art. L242-9, 3°, les parties engageant ainsi leur responsabilité pénale ; c'est parce que, selon l'auteur, « par cette convention, le cessionnaire a cédé son droit de vote contre le fait de pouvoir acquérir les actions, c'est-à-dire contre un avantage en nature ou en numéraire ». Sur les conventions visant à aménager les effets de la révocation v. Y. Guyon, *op. cit.*, no 275, S. Schiller, *op. cit.*, nos 150 suiv.

étant impérativement fermée (v. plus particulièrement art. L227-5 sur la direction de la SAS)<sup>1678</sup>.

Pour ce qui concerne les pactes extrastatutaires concernant la cession des droits sociaux et plus particulièrement imposant des restrictions à cette cession, la jurisprudence et la doctrine françaises sont aujourd'hui généralement favorables à leur égard. C'est aussi le cas avec les clauses extrastatutaires d'agrément de la cession d'actions. Les parties peuvent même prévoir que celui qui obtient le droit d'agrément ou non de la cession n'aura pas une obligation de rachat en cas de refus, comme c'est impérativement le cas pour le refus par la société fondé sur une clause statutaire d'agrément ; mais dans ce cas le refus d'agrément doit se fonder sur un intérêt légitime, de sorte que le droit de refus d'agrément ne devienne pas un droit discrétionnaire de son titulaire<sup>1679</sup>. La jurisprudence et la doctrine françaises reconnaissent en plus la validité de principe des pactes extrastatutaires de préférence ou de préemption ; mais de tels pactes doivent ne pas porter atteinte aux intérêts du cédant ni à l'intérêt social<sup>1680</sup>. Pour les pactes extrastatutaires d'inaliénabilité, la doctrine dominante accepte leur validité de principe, pourvu qu'ils soient temporaires et servent un intérêt sérieux et légitime<sup>1681</sup>. Beaucoup plus contestée a été dans le passé la

---

<sup>1678</sup> V. ainsi Y. Guyon, *op. cit.*, no 275, acceptant que les golden parachutes soient admises dans les SAS et envisageant une perspective d'acceptation du pouvoir des statuts de fixer les conditions de révocation des dirigeants dans les SA non cotées, avec possibilité toujours de révocation par décision de justice à la demande des minoritaires pour juste motif.

<sup>1679</sup> V. Ch. com. C. cass. 6 mai 2003, RJDA 8-9/2003, p. 738 (validation des clauses d'agrément en cas de fusion de la société possédant des actions, même si la clause est extrastatutaire), S. Schiller *op. cit.* n° 36. Pourtant, était vue négativement par la doctrine majoritaire la clause extrastatutaire d'agrément pour la cession d'actions entre actionnaires, le droit français prohibant avant 2004 l'introduction de clauses statutaires d'agrément entre actionnaires - v. sur ce débat Y. Guyon *op. cit.*, n° 217. Si l'on suit cette ligne de pensée, on devrait conclure qu'aujourd'hui demeurent prohibées les clauses extrastatutaires d'agrément pour le cas de succession et pour les cessions à des tiers ascendants, descendants ou conjoints des actionnaires. Sur l'opinion que les clauses d'agrément appartiennent au domaine réservé par la loi aux statuts, et par conséquent ne peuvent pas être introduites par des conventions extrastatutaires v. J.-P. Storck, article précité. Hostile à l'égard des clauses extrastatutaires d'agrément ne prévoyant pas une obligation de rachat en cas de refus Y. Guyon *op. cit.*, n° 219.

<sup>1680</sup> Ch. com. C. cass. 7 mai 1989, JCP 1989 II. 21316, cond. M. Jéal, Rev. soc. 1989, 478, note L. Faugérolas, 26 avril 1994, Bul. Joly 1994, 813, note P. Le Cannu. Le fondement de cette reconnaissance de principe est le principe de la liberté contractuelle et l'absence d'une prohibition spéciale à leur encontre par le droit des sociétés, ainsi que leur conformité présumée avec l'intérêt social, car les pactes en cause permettent d'éviter l'intrusion d'étrangers indésirables et de garantir la pérennité de la société - v. Y. Guyon, *op. cit.* n°220, S. Schiller, *op. cit.* n° 42. Un arrêt de 2004 de la Cour de cassation (Ch. com. 7 janvier 2004, Bull. Joly 2004, 544, note P. Le Cannu) a affirmé la validité de principe de ces pactes, sous la triple condition que le pacte ne porte atteinte ni au principe de la libre négociabilité des actions, ni aux intérêts du cédant, et qu'il ne soit contraire ni à l'ordre public ni à l'intérêt social.

<sup>1681</sup> V. Y. Guyon, *op. cit.* nos 110, 141, S. Schiller, *op. cit.* nos 24-27, 110, 141. Il s'agit de la solution du droit commun français pour les pactes d'inaliénabilité sur les biens. Les clauses d'inaliénabilité dans les pactes autour des sociétés par actions peuvent servir la stabilité de

question de la validité des clauses extrastatutaires de rachat d'actions à un prix plancher, fortement soupçonnées d'être contraires au principe de protée générale en droit français de prohibition des clauses léonines. L'évolution de la jurisprudence française est toutefois vers la reconnaissance de la validité de ces clauses, sur le fondement de la considération que la prohibition des clauses léonines (au sens de l'exonération totale d'un associé des pertes) concerne seulement les clauses statutaires et non les relations extrastatutaires des associés<sup>1682</sup>. D'autre part, pour le moment la jurisprudence française semble exiger le caractère statutaire des clauses d'exclusion d'un associé, en condamnant ainsi pareilles clauses contenues dans des pactes extrastatutaires (v. pourtant supra sur la validité de principe du point de vue du droit des obligations des écrits de « cessions en blanc » au profit d'un associé comme tels et les problèmes que d'autre part ils peuvent poser pour la validité de la société elle-même, avec le risque de sa qualification comme fictive)<sup>1683</sup>. Pour ce qui concerne les pactes extrastatutaires sur les droits patrimoniaux des associés, la jurisprudence française condamnait traditionnellement les pactes entre actionnaires de cession de droits d'un actionnaire sur les bénéfices contre une rémunération forfaitaire, sur le fondement de la prohibition des clauses léonines (au sens de l'exonération d'un associé de la totalité des pertes)<sup>1684</sup>. Mais la doctrine française estime que la tendance de la jurisprudence de restreindre le champ d'application de la prohibition des clauses léonines seulement dans le domaine statutaire va aussi influencer sa position en matière de cessions extrastatutaires des droits sur les bénéfices<sup>1685</sup>.

---

l'actionnariat et de cette manière l'intérêt social, cette utilité les faisant servir un intérêt sérieux et légitime. Il est toutefois que cette opinion, bien qu'adoptée par la doctrine majoritaire, n'est pas incontestée. Sur les conventions d'inaliénabilité dans les sociétés cotées v. S. Schiller, *op. cit.* n° 27.

<sup>1682</sup> Ainsi expressément 1ère Ch. civ. C. cass. 29 octobre 1990, Bull. Joly 1990, 1052, note P. Le Cannu et dans cette logique Ch. com. C. cass. 16 novembre 2004, Droit et patrimoine févr. 2005, p. 133, obs. D. Porracchia, JCP E 2005, 1, 117 p.384 obs. J.-J. Caussain- Fl. Deboissy- G. Wicker. Selon les termes de dernier arrêt, était valable la promesse de rachat des actions à prix plancher consentie par les fondateurs à un investisseur n'étant « pas léonine dans la mesure où, n'ayant pour objet que la transmission des droits sociaux entre associés, elle [était] sans incidence sur la participation aux bénéfices et la contribution aux pertes dans les rapports sociaux » v. S. Schiller, *op. cit.*, n° 22, et plus généralement sur les conditions de validité des clauses de retrait n° 85.

<sup>1683</sup> Sur l'exigence du caractère statutaire de la clause d'exclusion v. Ch. com. C. cass. 19 février 1982, S. Schiller, *op. cit.*, n°89. Selon le Pr. J.-P. Storck (art. précité n° ), la clause d'exclusion appartient au domaine réservé aux statuts, même en absence d'une disposition expresse de la loi.

<sup>1684</sup> Ch. com. C. cass. 18 octobre 1994, Dr. soc. 1994, n° 205, note H. Le Nabasque, Rev. soc. 1995, 44, note P. Didier, RTD com. 1995, 789, note Cl. Champaud - D. Danet. Selon cet arrêt est nulle « la clause par laquelle un associé cède à un coassocié le droit de percevoir la totalité des bénéfices en contrepartie d'une rémunération forfaitaire qui a pour effet d'assurer en tout circonstance à son bénéficiaire la certitude d'un profit quand bien même la société générerait des pertes qui seraient entièrement à la charge de l'autre associé ».

<sup>1685</sup> S. Schiller, *op. cit.* n° 119. Pourtant, selon cet auteur, « dans l'attente d'une décision claire des juges sur ce sujet, la validité d'un pacte de garantie de dividendes reste très incertaine ».

En dehors de la question de la validité des pactes extrastatutaires du point de vue de l'ordre sociétairé classique, se pose la question de leur validité du point de vue d'un ordre public économique sociétairé plus général. La première grande branche de cet ordre public économique sociétairé au sens général est bien sûr l'ordre public économique sociétairé des marchés financiers (v. supra, Partie I). La matière est sensible, car les pactes extrastatutaires des actionnaires des sociétés cotées, notamment ceux restreignant la cession des actions, peuvent soit constituer des défenses anti-OPA, soit restreindre même la liquidité des titres cotés. Pourtant, l'ordre public économique sociétairé des marchés financiers français n'a pas émis une prohibition de ces pactes dans les sociétés cotées, sur le fondement de la considération que les pactes en cause peuvent introduire une stabilité désirable dans une certaine mesure même dans les sociétés « ouvertes »<sup>1686</sup>. Mais, comme nous allons voir ci-dessous, l'ordre public sociétairé des marchés financiers impose des obligations spéciales de transparence comme condition de l'effectivité des pactes restreignant la cession d'actions cotées durant une offre publique d'acquisition de la société, et il reconnaît même aux statuts de la société cotée le pouvoir de neutraliser les effets de ces pactes durant l'offre publique (L233-11 C.com, 231-5 Règl. Gén. AMF). Les pactes extrastatutaires - notamment les conventions de vote - peuvent être d'ailleurs constitutifs d'une action de concert, engendrant notamment une obligation des parties concertistes de déposer une offre publique obligatoire en cas de dépassement des seuils légaux. D'ailleurs, des auteurs français avaient tiré un argument de ce régime du droit des marchés financiers en faveur de la reconnaissance plus générale par le droit français des pactes entre actionnaires, car le droit des marchés financiers ne prohibe pas ces pactes, mais il les réglemente<sup>1687</sup>. Ce qu'on peut aussi souligner de nouveau est que l'ordre public économique des marchés financiers impose des obligations spéciales, en faisant reculer l'autonomie de la volonté dans son aspect de la discrétion des pactes, au profit du principe fondamental de transparence du marché financier, une transparence sur laquelle veille l'autorité indépendante du marché, levier principal de l'ordre public économique sociétairé des marchés financiers (v. supra, Partie I). L'autre branche importante de l'ordre public économique sociétairé au sens large est celui en provenance du droit de la concurrence (v. supra, Partie I), lui aussi venant intervenir dans le contrôle de la licéité des pactes extrastatutaires en France<sup>1688</sup>. Les pactes extrastatutaires sous la forme des conventions de

---

<sup>1686</sup> J.-J. Daigre- D. Bompoin- F. Basdevant « Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées », *Dr. sociétés*, Actes pratiques juillet-août 2002, p. 5 suiv., S. Schiller, *op. cit.*, n° 6.

<sup>1687</sup> J-Ph. Dom, thèse précitée.

<sup>1688</sup> V. sur les conventions de vote du point de vue du droit de la concurrence S. Schiller, *op. cit.*, n° 113.

vote peuvent ainsi constituer un moyen d'organisation d'une entente au sein d'un groupement commun, avec comme conséquence l'activation de la prohibition de principe de l'entente et l'illicéité concomitante de principe du pacte si l'entente n'est pas exonérée sous les conditions de la loi (v. supra, Partie I). Ils peuvent aussi être le moyen d'une opération de prise de contrôle et d'une concentration, avec comme résultat l'application du régime de contrôle des concentrations et la possibilité - largement théorique - de la prohibition de l'opération ou celle plus réaliste de l'acceptation de l'opération sous conditions (v. supra, Partie I). Ils peuvent aussi être le moyen d'organisation d'une position dominante commune et de son abus, avec comme conséquence l'activation des sanctions du droit de la concurrence pour l'abus de position dominante, mais aussi l'illicéité du pacte mettant en place l'organisation de l'abus<sup>1689</sup>. Comme en matière d'ordre public économique des marchés financiers, les pactes extrastatutaires subissent ainsi l'impact d'un ordre public économique du marché, avec un rôle prépondérant d'un organe spécial de cet ordre public, à savoir l'Autorité de la concurrence, résultat des effets indirects mais essentiels qu'ils peuvent avoir au niveau organisationnel de la société.

Les pactes extrastatutaires entre associés jugés illicites car contraires à l'ordre public économique sociétaire sont nuls, selon la nullité du droit commun en droit français (v. supra, Partie I)<sup>1690</sup>. Si plusieurs pactes entre associés sont liés entre eux par un lien d'indivisibilité, la nullité de l'un d'entre eux peut entraîner la nullité de l'ensemble de l'opération sur le fondement de sa cause subjective commune, comme d'ailleurs une appréciation au niveau de l'ensemble de l'opération juridico-économique envisagée peut « sauver » une convention particulière dont la validité est contestée (v. sur les questions des ensembles contractuels et de la cause subjective en droit français et leur relation avec les montages supra, dans notre Introduction et Partie I- aussi le recours à la théorie de l'accessoire qui suit le sort du principal ne peut être exclu, si une telle relation existe entre pactes extrastatutaires). Pourtant, même si l'on accepte une indivisibilité dans l'esprit des participants entre les statuts et le pacte extrastatutaire, il est impossible que la nullité du pacte emporte aussi celle de la société, les nullités des sociétés ayant un régime propre et restrictif dérogeant au droit commun des nullités (v. supra, Partie I) ; cela sauf, croyons-nous, si du pacte extrastatutaire résulte le caractère illicite de l'objet réel de la société ou sa cause frauduleuse, bien que cette possibilité de nullité pour objet illicite ne soit pas acceptée

<sup>1689</sup>

---

V. S. Schiller, *ibid.*

<sup>1690</sup>

V. J.-P. Storck, article précité.

par la jurisprudence communautaire pour les sociétés de capitaux (v. supra Partie I sur l'arrêt Marleasing)<sup>1691</sup>.

### **Les limites imposées par l'ordre public économique sociétaire aux pactes entre associés en Grèce**

Comme nous avons mentionné ci-dessus, la doctrine grecque reconnaît un principe de séparation entre la sphère « organisationnelle » de droit des sociétés et la sphère des relations individuelles entre associés et des pactes entre eux, un principe non formulé avec une telle netteté par la doctrine française. Pourtant, il est clair que la séparation entre ces deux sphères n'est pas absolue, car la sphère des relations personnelles entre associés peut influencer indirectement mais négativement sur le fonctionnement de ces institutions juridico-économiques importantes de gouvernance privée et de pouvoir privé économique que sont les sociétés, notamment les sociétés anonymes. C'est d'ailleurs dans le cadre des sociétés anonymes grecques (AE) qu'est étudiée la question des pactes extrastatutaires dans la doctrine grecque. Les pactes en cause doivent ainsi pour être valables ne pas constituer des moyens de fraude de l'impératif des sociétés anonymes et vider ce dernier de sens pratique et d'effectivité (v. supra Partie I sur la théorie grecque de la fraude et son caractère objectif, à la différence de celle française). La doctrine dominante grecque accepte, largement à l'instar des solutions actuelles du droit français, que les pactes entre actionnaires, tout en étant en principe licites, ne doivent pas être contraires à la loi impérative- y compris par le biais de la fraude-, aux principes fondamentaux d'ordre public du droit des AE, aux statuts et à l'intérêt social, la particularité la plus importante du droit grec étant le recours aussi à la notion du droit grec commun de bonnes mœurs comme critère de licéité des pactes extrastatutaires ; bien que plutôt rare en la matière, la jurisprudence grecque semble accepter ces solutions<sup>1692</sup>. La première question qui résulte de cette conception est, comme en droit français, celle du risque d'un cercle vicieux

---

<sup>1691</sup> V. sur l'indépendance du point de vue de la nullité entre la société et le pacte extrastatutaire v. J.-Ph. Dom, thèse précitée, n° suiv. Sur la question de l'indivisibilité éventuelle des pactes extrastatutaires et des statuts - qui pourtant ne peut pas emporter ni la nullité de la société ni la dissolution de cette dernière à la suite de l'anéantissement du pacte - v. Y. Guyon, *op. cit.*, n° 202, Ch. Com. C.cass. 24 févr. 1987, D. 1987 p.599 note J. Honorat (la caducité pour inexécution d'un protocole ayant présidé à la création d'une société n'emporte pas dissolution de cette dernière, car la dissolution doit pouvoir selon l'art. 1844-7 C.civ. être fondée sur l'inexécution des obligations sociétaires des associés, non de celles extrasociétaires).

<sup>1692</sup> V. sur cette question V. Antonopoulos, manuel précité p. 42, 43, N. Rokas, *op. cit.*, p. 226, 361, E. Nissyraios in « Droit de l'AE », dir. E. Perakis, t. 1 p. 366 suiv. , M-Th. Marinou *op. cit.*, p. 153 suiv. et dans la jurisprudence plus ancienne Pol. Prot. (TGI) Athènes (rapport) 5001/1971, obs. M. Minoudis, Pol. Prot. (TGI) Thessalonique 231/1983, EEmpD 1984, p. 605, Epheteio (CA) Athènes 8129/1977, Nom. V. 1978, p. 107, note E. Perakis, Pol. Prot. (TGI) Athènes 3265/1991, EEmpD 1992, p. 444, Epheteio (CA) Thessalonique 279/1995, DEE 1995, p. 513, Pol. Prot. (TGI) Verria 304/TP/1998, Nom. V. 2000, p. 1604 et infra pour des décisions plus récentes.

éventuel et d'un anéantissement dans les faits du principe de la liberté des conventions extrastatutaires, mais aussi plus particulièrement du principe de séparation des sphères sociétaire et extrasociétaire, avec l'influx de l'ensemble de l'ordre public sociétaire dans la sphère des pactes extrastatutaires entre actionnaires<sup>1693</sup>. D'où un effort de la doctrine grecque de déterminer plus particulièrement ce qu'on entend par loi impérative que les pactes extrastatutaires doivent respecter pour ne pas tomber dans le champ de l'article 174 AK sur les actes juridiques prohibés par la loi et dans quelle mesure les dispositions impératives du droit des sociétés sont applicables comme limites de la licéité des pactes extrastatutaires (v. supra, Partie I et ci-dessous). D'autre part, un courant de pensée dans la doctrine grecque, en allant à l'encontre des conceptions dominantes grecque et française, conteste - à tort selon nous - même le rôle de l'intérêt social comme critère de validité des pactes extrastatutaires entre actionnaires, ce courant nouant d'ailleurs avec une conception grecque plus ancienne très individualiste quant à la participation de l'actionnaire dans l'AE et l'exercice de ses droits ; ce point de vue méconnaît le rôle de la société comme expression juridique de l'entreprise et forme d'organisation du pouvoir et de la gouvernance privés économiques, impliquant d'autres intérêts que ceux des actionnaires, et sur laquelle les pactes extrastatutaires peuvent et visent le plus souvent à avoir une influence indirecte mais essentielle. L'intérêt social –conçu, croyons-nous, comme l'intérêt de l'entreprise que la société exprime juridiquement à la vie et au développement- doit ainsi être un critère de licéité des pactes extrastatutaires, soit directement, comme les pactes extrastatutaires entre actionnaires avec leurs effets indirects mais souvent essentielle au niveau organisationnel ne peuvent pas échapper à un contrôle selon l'intérêt de l'organisation qu'est la société, intérêt reconnu et protégé par le droit et l'ordre public sociétaire, soit au moins indirectement, pour concrétiser en matière des pactes entre actionnaires le contenu des prohibitions du droit commun grec des actes juridiques contraires aux bonnes mœurs ou tendant à un abus de droit (v. ci-dessous)<sup>1694</sup>. Le même courant de pensée minoritaire

---

<sup>1693</sup> N. Rokas, manuel précité, p. 226, M.-Th. Marinos, *op. cit.*, p. 180 suiv.

<sup>1694</sup> V. E. Perakis, thèse précitée, p. 103 suiv. (l'auteur réfute la thèse soutenue dans le passé que le droit de vote serait droit-fonction et les conventions de vote seraient ipso facto contraires à l'intérêt social et refuse la prise en compte directe de l'intérêt social dans le contrôle de licéité des conventions de vote, tout en s'exprimant pour une prise en compte indirecte de l'intérêt social dans le contrôle de cette licéité par le biais des notions de bonnes mœurs et d'abus de droit), et notamment M.-Th. Marinos, *op. cit.*, p. 166 suiv. Pour ce dernier auteur, la prise en compte de l'intérêt social comme critère pour l'appréciation de la validité des pactes extrastatutaires introduirait une notion du droit des sociétés étrangère au droit des contrats dont relèvent les pactes extrastatutaires entre actionnaires. En plus, selon le Pr. Marinos, l'intérêt social est une notion mal définie, « métaphysique », qui introduirait une bonne dose d'incertitude dans l'appréciation de la licéité des pactes. Dans sa version comme intérêt d'entreprise, l'intérêt social imposerait pour le même auteur un contrôle d'opportunité des pactes et aboutirait à la prise en compte d'intérêts étrangers à l'intérêt des actionnaires, que selon cet auteur sert exclusivement la société anonyme. Le même auteur

refuse aussi de suivre la conception dominante dans sa convergence avec les conceptions françaises sur la conformité avec les statuts comme critère de validité des pactes entre actionnaires, en insistant sur une interprétation stricte du principe de séparation des sphères organisationnelle-sociétaire et extrasociétaire ; mais ce point de vue méconnaît que les statuts, bien que des actes juridiques d'origine privée, développent par la volonté de la loi et de l'ordre public sociétaire un effet normatif dans les relations des particuliers, même de ceux qui n'ont pas participé à leur rédaction (v. supra, Partie I), et on peut considérer ainsi qu'ils développent sur le même fondement légal leur effet normatif dans les relations juridiques extrasociétaires mais nouées *ratione societatis* des actionnaires<sup>1695</sup>. Il est toutefois

---

semble ne pas accepter même la prise en compte de l'intérêt social compris comme l'intérêt de l'ensemble des actionnaires pour l'appréciation de la licéité des pactes et il considère que rien n'oblige l'actionnaire à agir dans la société anonyme selon l'intérêt social. Le problème avec cette opinion est selon nous qu'elle considère la participation dans une société seulement sous l'angle de l'autonomie de la volonté, principe bien sûr constitutionnellement garanti, tandis que les sociétés anonymes sont en plus des formes d'organisation de pouvoir privé et de gouvernance économique, une réalité qui ne peut pas rester sans conséquences juridiques (v. supra, Partie I sur notre position sur le débat). Le contrôle d'un pacte extrastatutaire selon l'intérêt social - contrôle d'une opposition éventuelle manifeste à l'intérêt de la société vue comme expression juridique de l'organisation de l'entreprise ayant un intérêt propre à la vie et au développement, non substitution du juge aux actionnaires pour ce qui concerne la concrétisation de la notion d'intérêt social et la détermination des moyens le servant, avec choix dans chacun de ces cas parmi plusieurs voies plausibles - peut ainsi développer ses effets directement mais aussi par le biais des notions du droit grec d'abus de droit et de bonnes mœurs (v. supra, Partie I et infra, notamment à l'occasion des conventions de vote). Un pacte contraire à l'intérêt social serait d'ailleurs contraire à l'obligation de loyauté à l'égard de l'AE que la doctrine la plus moderne reconnaît à la charge des actionnaires et notamment de l'actionnaire dominant, obligation qu'on peut considérer d'ordre public sociétaire exactement comme expression de la nature de la société anonyme comme forme de gouvernance privée économique et d'organisation juridique de l'entreprise. Il est d'ailleurs à noter que dans la jurisprudence française la notion d'intérêt social semble plutôt « sauver » de l'illicéité des pactes entre associés qui autrement seraient réputés contraires à des dispositions du droit des sociétés (p. ex. pactes imposant une restriction du pouvoir majoritaire dans la société anonyme), de sorte que cette notion peut souvent aboutir à des résultats favorables pour la validité des pactes entre actionnaires. Pour la prise en compte de l'intérêt social comme critère des pactes extrastatutaires v. V. Antonopoulos p. 43, E. Nissyraios *op. cit.* p. . Sur la prise en compte de l'intérêt social plus généralement par les dispositions impératives de la loi grecque sur les sociétés anonymes, bien que sans une disposition expresse de portée générale, v. G. Triantafyllakis « L'intérêt social comme norme du comportement des organes de l'AE », monographie précitée, p. 31 suiv. Il est d'ailleurs vrai que le Pr. Marinos accepte une prise en compte de l'intérêt social quand il répute contraires aux bonnes mœurs les conventions ayant comme but de nuire à la société (v. ci-dessous).

<sup>1695</sup> Contre à la prise en compte des statuts comme critère de licéité des pactes entre actionnaires M.-Th. Marinos, *op. cit.*, p. 204 suiv. Pour cet auteur, les statuts sont, malgré leur caractère organisationnel, un acte juridique de droit privé, et il résulte de l'autonomie privée de chaque particulier le droit d'assumer des obligations contradictoires entre elles par le moyen de contrats distincts. On pourrait opposer à cette conception que les statuts, tout en étant des actes juridiques privés, ont par la volonté de la loi un caractère normatif pour les relations entre actionnaires, ainsi que l'acceptation de la licéité de pactes entre actionnaires contraires aux statuts aboutirait à la coexistence dans la société de normes juridiques contradictoires et potentiellement à un conflit entre les normes apparents –celles continues dans les statuts et publiées – et celles réelles, contenues dans le pacte extrastatutaire, situation qui n'est pas conforme à la sécurité juridique. On peut d'autre part concerner comme acquis que les statuts ne peuvent pas interdire in globo les pactes extrastatutaires entre actionnaires –v. p. ex. ainsi E. Perakis, *op. cit.*, p. 118.



à rappeler à ce point que selon l'opinion dominante dans la doctrine grecque, les parties peuvent faire par des pactes extrastatutaires ce qu'elles ne peuvent pas faire par les statuts dans le domaine très important des obligations supplémentaires des actionnaires, en aménageant ainsi dans les faits le principe d'ordre public sociétaire de standardisation des obligations des actionnaires et en créant des AE avec un plus fort *intuitus personae* que dans le « type » légal (il s'agit d'une question qui ne se pose pas en France, les statuts étant vus comme plus libres dans la détermination des obligations des actionnaires- v. supra sur le principe d'ordre public du droit grec d'interdiction d'introduction d'obligations supplémentaires au rapport liant l'actionnaire à la société au-delà de celle de libérer son apport, dans le but de standardisation du rapport d'actionnaire). Ainsi, pour cette question importante des obligations supplémentaires des actionnaires, notamment pour ce qui concerne la production dans les faits de sociétés anonymes atypiques, il n'existe pas pour le droit grec égalité entre statuts et pactes extrastatutaires du point de vue de l'ordre public sociétaire ; mais cela est explicable, parce que les pactes extrastatutaires, avec leur effet relatif, ne peuvent pas compromettre la standardisation du rapport d'actionnaire au même degré que les statuts, avec leur effet *erga omnes* et normatif, y compris à l'égard des actionnaires futurs<sup>1696</sup>. En tout cas, il est sûr qu'en dehors des critères de validité des pactes extrastatutaires entre actionnaires tirés de l'ordre public sociétaire largement conçu, un critère supplémentaire très important provient du principe de droit grec de portée générale des bonnes mœurs et de la prohibition des actes juridiques leur étant contraires (art. 178-179 AK) : comme nous l'avons vu dans la Partie I, loin de correspondre à la conception plus étroite des bonnes mœurs du droit français, les bonnes mœurs du droit grec sont, à l'instar du droit allemand, un principe fondamental de l'ordre public économique grec, notamment pour ce qui concerne la prohibition de l'engagement excessif de la personne. D'ailleurs, l'opposition aux bonnes mœurs est concrétisée chaque fois avec prise en compte du contexte particulier et spécial de l'acte juridique, du contenu et des motifs de l'acte et dans le cas des pactes entre actionnaires avec prise en compte de leur contexte sociétaire, l'intérêt social mais aussi les pondérations d'intérêts effectuées par le droit des sociétés devant ainsi avoir un rôle essentiel dans l'appréciation du caractère de l'acte juridique comme contraire ou non aux bonnes mœurs<sup>1697</sup>. Notion ouverte et flexible, la clause générale de bonnes mœurs permet un contrôle de licéité des pactes extrastatutaires plus

---

<sup>1696</sup> V. N. Rokas, p. 228, 358, M-Th. Marinos, op. cit., p. 155, 181, E. Nissyraios, op. cit., p. 367 – v. pourtant V. Antonopoulos op. cit. p. 43, s'exprimant contre la licéité des pactes par le biais desquels les actionnaires assumeraient des obligations supplémentaires au-delà de celles légales.

<sup>1697</sup> Sur les bonnes mœurs comme critère d'appréciation de la licéité des pactes entre actionnaires et leur concrétisation v. V. Antonopoulos, op. cit., p. 42, N. Rokas, op. cit., p. 226, M.-Th. Marinos, p. 162 suiv.

large que celui effectué par des dispositions impératives particulières du droit des sociétés, tout en préservant aussi largement la liberté individuelle et l'autonomie privée (la liberté individuelle est la règle, sa restriction pour opposition aux bonnes moeurs l'exception), au prix toutefois de zones inévitables d'incertitude sur ce qui est ou non immoral dans les pactes extrasociétaires.

Le domaine des pactes extrastatutaires dans lequel se posent les difficultés les plus importantes quant au sens du principe de séparation entre sphère sociétaire et sphère personnelle de l'actionnaire ainsi que quant au sens de la non opposition à une disposition impérative de la loi comme limite de licéité est pour le droit grec celui des conventions de vote et plus généralement de celles aménageant les droits "politiques" des actionnaires<sup>1698</sup>. Ce qui est sûr est que le droit grec reprend la prohibition du droit français de la vente du droit de vote par l'actionnaire, en pénalisant ce comportement (art. 59 L2190/1920) ; il est ainsi sûr que le pacte extrastatutaire entre actionnaires prévoyant une telle vente serait, comme en droit français, illicite, comme contraire à une disposition prohibitive de la loi (art. 174 AK)<sup>1699</sup>. Il est aussi sûr, comme en droit français, que serait illicite la promesse dans un pacte entre actionnaires par le biais de laquelle l'un d'eux assumerait l'obligation de voter dans l'assemblée pour une décision contraire à l'ordre public économique général (règles impératives du droit pénal, du droit fiscal etc.), une telle clause étant contraire à une disposition prohibitive de la loi au sens de l'art. 174 AK (v. supra, Partie I), mais aussi le plus souvent aux bonnes moeurs<sup>1700</sup>. Le coeur des difficultés se trouve dans la question dans quelle mesure les dispositions impératives et principes d'ordre public du droit sur les sociétés anonymes sont prises en compte pour l'appréciation de la licéité des conventions de vote entre actionnaires, autrement dit dans quelle mesure la sphère sociétaire influe sur celle extrasociétaire des relations entre actionnaires, la question étant particulièrement incertaine. La doctrine grecque a ainsi dégagé une notion de «mécanisme» de l'AE, au sens de l'organisation et structure impératives de fonctionnement de l'AE, auquel les pactes entre

---

<sup>1698</sup> M.-Th. Marinos, p. 159.

<sup>1699</sup> Il est toutefois vrai que l'art. 59 de la loi grecque est dans sa formulation plus restrictif que celui de la loi française. Il exige ainsi dans sa description du comportement pénalisé une prise par un actionnaire d'avantages spéciaux ou de promesses de tels avantages avec une cause illicite et avec connaissance de cause dans le but de voter dans une assemblée à un sens donné ou de ne pas assister à une assemblée. Il prévoit aussi comme comportement pénalisé l'octroi par une personne d'avantages spéciaux ou de promesses de tels avantages dans le but mentionné ci-dessus. Les peines prévues sont d'ailleurs plus légères que celles en droit français (emprisonnement jusqu'à un an et amende au moins de 300 000 drachmes - moins de 1000 € - ou l'une de ces peines). Pour une lecture restrictive de cet article E. Perakis, thèse précitée, p. 115-116.

<sup>1700</sup> V. M.-Th. Marinos, *op. cit.*, p. 161.

actionnaires ne peuvent pas porter même indirectement atteinte<sup>1701</sup>. Une autre notion proposée pour le contrôle de licéité des pactes extrastatutaires entre actionnaires est celle du « type » de l'AE (v. supra, Partie I), au sens des caractéristiques essentielles de l'AE, qui ne sont pas à la disposition de l'autonomie de la volonté<sup>1702</sup>. Ces deux notions visent à protéger le noyau de la réglementation impérative sur les AE et les principes d'ordre public en découlant, tout en reconnaissant pour le reste l'autonomie des sphères sociétaire et extrasociétaire, et peuvent servir dans un effort de restriction des effets de l'ordre public sociétaire (au sens de l'impératif du droit des sociétés) dans la sphère extrasociétaire, effort qui ne se retrouve pas en droit français ; pourtant, les contours exacts de ces notions et leur utilité même ne sont pas exempts de controverses<sup>1703</sup>. On devrait toutefois, nous croyons, accepter sans problème l'illicéité de conventions extrastatutaires tendant à ou avoir comme effet la paralysie du mécanisme de l'AE<sup>1704</sup>. Ce qui est en tout cas sûr est que les actionnaires ne peuvent pas s'engager entre eux contractuellement à un comportement « politique » qui altérerait le rôle des organes de l'AE tel que voulu impérativement par le législateur<sup>1705</sup>. Ils ne pourraient pas non plus par le biais de conventions de vote contourner

---

<sup>1701</sup> V. E. Perakis, thèse précitée p. 135 suiv., M.-Th. Marinos, *op. cit.*, p. 171 suiv., v. N. Rokas, *op. cit.*, p. 226, selon lequel toute opposition à une règle impérative du droit sur les sociétés anonymes n'est pas ipso facto cause d'illicéité d'un pacte entre actionnaires.

<sup>1702</sup> M.-Th. Marinos, *op. cit.*, p. 272 suiv.

<sup>1703</sup> V. ainsi la critique du Pr. M.-Th. Marinos contre ces deux notions, *op. cit.* p. 171 suiv. Pour cet auteur, la notion de mécanisme de l'AE englobe pratiquement l'ensemble des règles impératives de la loi 2190/1920, de sorte que « ce que donne par une main l'opinion dominante en acceptant la licéité de principe des pactes extrasociétaires, elle le reprend par l'autre » (*op. cit.*, p. 171). Pour ce même auteur, la notion de type de l'AE souffre d'incertitude, elle est démentie par la réalité qui connaît une large palette de types d'AE, elle a une charge idéologique et est teintée de paternalisme juridique. Elle serait d'ailleurs démentie par la reconnaissance par la doctrine majoritaire de la possibilité de l'actionnaire d'assumer des obligations supplémentaires par le biais de pactes extrastatutaires, tandis que l'insertion de telles obligations est réputée contraire au type de l'AE. Pourtant, nous croyons que la notion de type, conçue comme les éléments caractéristiques essentiels de l'AE telle que voulue par le législateur comme institution de gouvernance économique et d'organisation juridique de l'entreprise maintient son utilité pour le contrôle de la licéité des pactes extrastatutaires.

<sup>1704</sup> V. E. Perakis, *op. cit.*, p. 137, avec comme exemples l'impossibilité de réunion d'assemblée comme conséquence de conventions obligeant les actionnaires à s'abstenir ou à déposer leurs actions à un tiers qui aurait le droit de refuser leur retrait librement ou l'impossibilité de prise de décision à la suite de conventions d'abstention du vote. Selon le Pr. Marinos –*op. cit.*, p. 163- serait aussi illicite –non sur le fondement du mécanisme de la société mais sur celui de l'opposition aux bonnes moeurs- l'introduction d'une clause générale et sans distinction d'unanimité dans la prise des décisions

<sup>1705</sup> V. E. Perakis, *op. cit.*, p. 136 suiv., M.-Th. Marinos, *op. cit.*, p. 189 : illicéité des conventions par lesquelles est réalisé un transfert de la compétence exclusive de l'assemblée de modifier les statuts ou qui plus généralement déplacent les compétences entre les organes sociaux ou qui constituent de nouveaux organes non prévus par la loi ou qui prévoient le non fonctionnement d'organes prévus par la loi ou qui altèrent les conditions légales pour la prise de décision par ces organes. Serait ainsi illicite la convention extrastatutaire qui transférerait l'ensemble du pouvoir du conseil d'administration à un actionnaire ou même à l'assemblée des actionnaires ou qui adopterait la non convocation d'assemblée ou la prise de décisions dans les assemblées à des conditions de et de

des prohibitions spéciales émises par le législateur ou des clauses statutaires licites, sur le fondement de la théorie grecque de la fraude, différente de celle française (v. supra, Partie I sur le caractère objectif de la fraude en droit grec, indépendante, à la différence du droit français, de l'intention frauduleuse des parties et résultant d'une comparaison des effets de l'acte juridique en cause avec la finalité de la disposition susceptible de fraude)<sup>1706</sup>. Seraient aussi illicites les pactes entre actionnaires par le biais desquels ces derniers s'engageraient à coopérer à une décision nulle ou annulable pour opposition à l'ordre public sociétaire ou constitutive d'abus de droit (v. supra, Partie I sur les causes de nullité –opposition du fond de la décision généralement à la loi ou aux statuts- ou d'annulabilité –pour ce qui concerne le fond de la décision, abus de droit, mais aussi prise de la décision de manière contraire à la loi ou aux statuts- des décisions des assemblées des AE après la réforme de 2007)<sup>1707</sup>. Seraient aussi illicites les pactes entre actionnaires contraires à la prohibition des actes juridiques s'opposant aux bonnes mœurs (art. 178-179 AK), dispositions fondamentales plus généralement pour l'ordre public économique grec, à l'instar du droit allemand et à la différence du droit français (v. supra, Partie I sur le contenu de la notion et son rôle en droit grec en comparaison avec les bonnes mœurs du droit français)<sup>1708</sup>. Serait ainsi réputée illicite car contraire aux bonnes mœurs la convention visant à l'adoption de décisions elles-mêmes orientant la société vers des activités plus généralement moralement répréhensibles,

---

majorité différentes de celles prévues par la loi ou aux statuts (contra M.-Th. Marinos p. 207 pour les pourcentages de majorité) ou la non nomination de commissaires aux comptes ou qui aboutirait à l'impossibilité de convoquer une assemblée. Seraient aussi nulles les conventions de vote liant les membres du conseil d'administration à un actionnaire (M.-Th. Marinos p. 109-110) et celles par le biais desquelles un membre du conseil s'engagerait à agir à l'encontre de ce qu'impose la poursuite de l'objet social et de son obligation de loyauté à l'égard de la société, autrement dit ses obligations ex lege impératives à l'égard de la société (M.-Th. Marinos p. 106-109). Dans tous ces cas de figure, l'empiètement des conventions entre actionnaires au domaine organisationnel, réglementé impérativement par la loi dans le souci de garantir un minimum de bonne gouvernance économique, est évident.

<sup>1706</sup> V. E. Perakis, *op. cit.*, p. 152 suiv., M.-Th. Marinos, *op. cit.*, p. 161. Comme exemples de prohibitions spéciales légales qui ne peuvent pas être contournés par le biais de conventions de vote, la doctrine grecque mentionne celle de l'art. 35 § 2 (prohibition de représentation d'autres actionnaires par les administrateurs dans les assemblées concernant le quitus pour ces derniers), la fraude à la procédure d'agrément du cessionnaire selon les statuts pour les actions nominatives, des restrictions légales spéciales de dépassement de certains seuils dans le capital social. Dans tous ces cas, la convention de vote doit pour être prohibée aboutir au même résultat que celui que la loi désapprouve, à savoir une cession prohibée de fait du droit de vote. V. E. Perakis, *op. cit.*, p. 149, sur le contournement du refus d'agrément (pourtant dans le cas de l'octroi de quitus la convention de voter selon les souhaits de l'administrateur peut être ad hoc). Contre l'application de la théorie de la fraude aux conventions de vote quant aux clauses d'agrément M.-Th. Marinos, p. 207, sur le fondement de la séparation des sphères sociétaire et extrasociétaire.

<sup>1707</sup> V. M.-Th. Marinos, *op. cit.*, p. 165 sur l'illicéité de l'engagement de voter pour une décision nulle ou annulable pour opposition de son contenu à la loi.

<sup>1708</sup> V. E. Perakis, p. 139 suiv., M.-Th. Marinos *op. cit.*, p. 165, 197. Selon le Pr. Perakis – *op. cit.*, p. 141- il y a opposition aux bonnes mœurs quand l'engagement porte atteinte au sens de décence.

p. ex. contraires à la loi pénale réprimant des comportements particulièrement nuisibles socialement ou contraires à la morale même si elles ne sont pas prohibées par la loi<sup>1709</sup>. Serait aussi illicite comme contraire aux bonnes mœurs sans aucun doute la convention par laquelle les contractants s'engageraient à agir au détriment de la société, p. ex. en visant exclusivement à leur profit poursuivi même par le dommage de la société ou au profit d'un concurrent ; cette considération, avec le recours à la notion de bonnes mœurs pour réprimer de tels comportements, permet à échapper largement aux contestations dans la doctrine pour ce qui concerne l'impact direct de l'intérêt social sur les pactes extrastatutaires (v. supra sur la question de l'impact de l'intérêt de l'organisation sociétariaire sur les relations « extrasociétaires » des actionnaires dans la doctrine grecque), mais évidemment prend en compte l'intérêt social pour préciser ce qui est moral ou immoral dans le comportement « extrasociétaire » des actionnaires (par contre, en droit français une telle convention serait sans aucun doute illicite directement sur le fondement de l'opposition à l'intérêt social, un tel rôle direct et indépendant de l'atteinte aux bonnes mœurs de l'intérêt social dans le contrôle de licéité des conventions de vote étant aussi reconnu par la doctrine majoritaire grecque – v. supra)<sup>1710</sup> ; serait aussi contraire aux bonnes mœurs la convention par laquelle les contractants se tourneraient contre les intérêts légitimes d'autres actionnaires, en organisant p. ex. par un syndicat l'exploitation des minoritaires (cas dans lequel il y a aussi, comme en droit français, atteinte à l'intérêt social conçu dans son sens étroit comme intérêt commun des actionnaires)<sup>1711</sup>. L'immoralité du vote peut en plus résulter selon la doctrine grecque non de son contenu lui-même, qui peut être neutre, mais de l'intégration du vote dans un plan d'ensemble des parties, considération importante pour la prise en compte par le droit des montages dans le domaine des sociétés (v. pourtant supra, Partie I, sur l'hésitation de la jurisprudence grecque de fonder l'immoralité d'un acte juridique seulement aux motifs des parties et de relever l'immoralité en appréciant un ensemble d'actes juridiques)<sup>1712</sup>. Très intéressante est aussi la question des limites à la licéité des conventions de vote posées par la concrétisation à titre indicatif de la prohibition des conventions contraires aux bonnes mœurs dans l'art. 179 AK comme notamment prohibition des actes

---

<sup>1709</sup> V. E. Perakis, op. cit., p. 143, avec des exemples (poursuite par la société d'activités de contrebande, la constitution par elle d'organisation criminelle, l'ouverture d'une maison de tolérance).

<sup>1710</sup> Sur l'illicéité des conventions de vote visant à nuire à la société v. E. Perakis, op. cit., p. 143-144, M-Th, Marinos (avec des nuances), op. cit., p. 166. Evidemment aussi dans ce cas il y a illicéité de la convention sur le fondement que cette dernière vise à un abus de droit, la notion d'abus selon l'art. 281 AK incluant aussi le comportement manifestement contraire aux bonnes mœurs- v. E. Perakis, *ibid.*

<sup>1711</sup> V. E. Perakis, op. cit., p. 145.

<sup>1712</sup> E. Perakis, op. cit., p. 143.

juridiques par lesquels se trouve engagée excessivement une personne, dans notre cas l'actionnaire, des incertitudes se présentant bien sûr en la matière à cause de la généralité de la prohibition. Le caractère excessif ou non de l'engagement de l'actionnaire par la convention de vote sera apprécié in concreto, avec prise en compte de l'ensemble des stipulations formant l'engagement (p. ex. clause pénale et son montant) y compris la possibilité de résiliation du pacte<sup>1713</sup> ; notamment, si l'intérêt social ne peut pas justifier un engagement indéniablement excessif de la liberté personnelle de l'actionnaire, il doit jouer un rôle important, croyons-nous, dans l'appréciation du caractère excessif ou non de l'engagement, avec appréciation de la proportionnalité de l'engagement par rapport à la poursuite de l'intérêt social<sup>1714</sup>. Serait en tout cas illicite, comme en droit français mais sur le fondement non des principes du droit des sociétés mais de la prohibition du droit commun grec des engagements contraires aux bonnes mœurs, la convention emportant engagement général de l'actionnaire, pour tout sujet de la vie sociale, notamment si c'est pour une très longue durée, de la liberté de vote de l'actionnaire à l'égard d'un autre actionnaire ou de la majorité d'un syndicat d'actionnaires<sup>1715</sup>. Serait aussi illicite, comme en droit français, mais sur le fondement de l'opposition aux bonnes mœurs, non selon une partie importante de la doctrine grecque pour opposition aux principes du droit des sociétés, la convention soumettant l'actionnaire aux décisions discrétionnaires d'un autre actionnaire ou de la majorité d'un syndicat ; mais en plus pour le droit grec, si le droit de vote d'un actionnaire est soumis par convention aux décisions d'un autre actionnaire ou d'un syndicat, cela peut se faire seulement dans les limites posées par le sens du juste<sup>1716</sup>. D'autre part, des engagements politiques permanents, sans fixation de durée, d'un actionnaire ne sont pas nuls pour cette raison, mais ils doivent être qualifiés de conventions à durée indéterminée

---

<sup>1713</sup> E. Perakis, op. cit., p. 139-140, M. Th. Marinos, op. cit., p. 162-163.

<sup>1714</sup> E. Perakis, op. cit., p. 139 suiv., avec le point de vue que l'intérêt social ne peut pas justifier des engagements excessifs. Pour la prise en compte du principe de proportionnalité pour apprécier l'étendue de l'engagement par rapport au but poursuivi M-Th. Marinos, op. cit. p. 163 (mais cet auteur refuse en principe la prise en compte de l'intérêt social dans l'appréciation de la licéité des pactes extrastatutaires).

<sup>1715</sup> M-Th. Marinos, op. cit., p. 164-165, soulignant pourtant -p. 163- que le droit d'ordre public reconnu par le droit grec de résiliation des pactes à durée déterminée pour cause grave exclut l'illicéité d'un pacte d'actionnaires du seul fait de sa longue durée. Avec des nuances E. Perakis, ibid.

<sup>1716</sup> Plus généralement en droit grec des obligations est nulle la clause par laquelle la détermination de l'objet de la prestation du débiteur est confiée au jugement absolu du créancier ; confier à ce dernier la détermination de cet objet est possible, mais seulement selon jugement « juste » -díkaii krísi- pouvant être contrôlé par les tribunaux ; en cas de doute, la clause confiant au créancier le droit de déterminer la prestation du débiteur est réputée le faire selon jugement juste— v. art 371-372 AK ; ainsi, en cas de syndicat de blocage, ce dernier doit prendre des décisions engageant ses membres selon jugement juste contrôlable en justice. V. sur l'illicéité des conventions par lesquelles le droit de vote d'un actionnaire est soumis au pouvoir discrétionnaire d'un autre E. Perakis, op. cit., p. 141-142, M-Th. Marinos, op. cot., p. 165.

pouvant être résiliées selon un principe général du droit grec à n'importe quel moment (v. infra sur la résiliation)<sup>1717</sup>. Problème se pose toutefois pour ce qui concerne les procurations irrévocables de voter au nom de l'actionnaire avec tradition des actions au représentant et autorisations (exouciidoticeis) par lesquelles l'actionnaire donne à un autre le pouvoir d'exercer à son nom et profit (du bénéficiaire de l'autorisation) les pouvoirs de l'action (c'est la Ermächtigung allemande, reconnue en droit grec comme exouciidotici), cas dans lequel il y a essentiellement transfert du droit de vote au bénéficiaire de l'autorisation (v. supra sur la procuration irrévocable et l'exouciidotici en droit commun grec, la clause d'irrévocabilité de la procuration nécessitant pour être valable la poursuite par la procuration d'un intérêt – du représentant ou d'un tiers- autre que celui du représenté, irrévocabilité signifiant révocation valable seulement pour cause grave). C'est un problème résultant essentiellement des incertitudes quant à l'impact de l'ordre public sociétaire aux rapports "extrasociétaires" des actionnaires mais aussi quant à ce qui peut être réputé vraiment comme "extrasociétaire" (par contre, en droit français ces problèmes ne se posent pas pour les SA, comme l'octroi de procurations irrévocables et permanentes par l'actionnaire n'est pas possible, tout mandat étant donné impérativement spécialement pour une assemblée déterminée, en plus exclusivement à un autre actionnaire ou au conjoint – v. en plus supra sur l'introduction en 2010 en droit grec pour les sociétés cotées d'une limitation de la procuration, qui peut désormais être donnée soit pour une assemblée particulière, soit pour les assemblées allant être tenues dans une durée déterminée, sans toutefois plafond légal pour cette durée – art. 28 a L2190/1920<sup>1718</sup>). Ainsi, selon un point de vue dans la doctrine grecque, de tels procédés sont illicites car contraires au principe du droit des sociétés de l'indivisibilité des droits sociaux et notamment de l'action, conception ressemblant à celle française de prise

---

<sup>1717</sup> E. Perakis, *op. cit.*, p. 139 suiv., 221, sur les conventions de vote pouvant être qualifiées de sociétés civiles, avec la considération que de telles conventions sans durée déterminée sont réputées à vie, l'art. 768 AK prévoyant que les sociétés conclues à vie d'un associé sont réputées à durée indéterminée, M.-Th. Marinos, *op. cit.*, p. 163 suiv., 197. Selon le Pr. Marinos, seule la durée de la convention ne suffit pas pour la qualifier de contraire aux bonnes mœurs, comme il y a toujours possibilité de résiliation par acte unilatéral de chaque partie pour cause grave, mais le caractère immoral doit résulter de l'ensemble de ses clauses, notamment de clauses pénales rendant sa résiliation dans les faits impossible. Sur les critères de l'opposition ou non aux bonnes mœurs et l'application du principe de proportionnalité v. Marinos, *op. cit.*, p. 163. Ce dernier auteur mentionne comme cas de conventions contraires aux bonnes mœurs celles par lesquelles l'actionnaire renonce généralement à son droit d'attaquer en justice les décisions des assemblées défectueuses, ou renonce généralement et sans distinction aux droits de minorité (on pourrait toutefois considérer que toute renonciation aux droits de minorité reconnus par la loi est illicite car contraire à la loi impérative). Contraire aux bonnes mœurs est aussi réputée pour ce même auteur la renonciation généralement et sans distinction au principe d'égal traitement.

<sup>1718</sup> V. sur la prohibition des mandats permanents et irrévocables par les actionnaires en droit français, le mandat étant toujours impérativement spécial, donné pour une assemblée particulière, M. Cozian-A. Viandier-FI. Deboissy no 693, et à titre indicatif dans la jurisprudence française CA Paris 12 déc. 2006, RJDA 5/2007, no 508.

en compte de l'ordre public sociétaire et plus particulièrement de l'indivisibilité des droits découlant des actions dans l'appréciation de la licéité des conventions de vote ; selon un autre point de vue, le principe d'indivisibilité des droits sociaux n'est pas applicable aux conventions de vote et aux actes extrasociétaires entre actionnaires, avec comme conséquence que de tels octrois de pouvoir opérant transfert du droit de vote ne sont pas ipso facto illicites comme contraires au droit des sociétés, sauf en cas d'existence de clauses d'agrément, avec en plus besoin d'appréciation in concreto pour une opposition éventuelle aux bonnes moeurs<sup>1719</sup>. Notre point de vue est que plus généralement les actes juridiques du droit commun –conventions de vote, procurations etc- qui produisent essentiellement un effet sociétaire prohibé –le transfert du droit de vote sans cession de l'action- doivent être réputés illicites car contraires à l'ordre public sociétaire et son effort de lier pouvoir et risque, sur le fondement de la théorie de la fraude (v. supra sur le caractère objectif de la théorie de la fraude en droit grec, à la différence du droit français), sans exclusion de leur opposition aussi aux bonnes moeurs comme introduisant des restrictions excessives de la liberté de la personne de l'actionnaire<sup>1720</sup>. De telles procurations et octrois de pouvoir sont réputés d'autre part par la doctrine dominante grecque comme des indices importants –non des présomptions- pour établir une fraude à une clause éventuelle d'agrément grevant les actions de la société par des procédés équivalant essentiellement à la cession des actions, comme d'ailleurs une telle cession de fait malgré la clause d'agrément peut résulter de l'étendue de l'engagement de l'actionnaire résultant de la convention de vote le liant à un tiers (v. supra sur cette question)<sup>1721</sup>. Mais un arrêt d'Areios Pagos de 2004 est venu troubler plus généralement les constructions visant à protéger le noyau du droit de vote des actionnaires à l'égard des conventions de vote, soit sur le fondement d'un ordre public sociétaire soit sur le fondement de l'ordre public général de la notion de bonnes moeurs : cet arrêt, critiqué par la doctrine, a reconnu la licéité du pacte

---

<sup>1719</sup> Pour le premier point de vue v. M-Th. Marinos, op. cit., p. 196-197, réputant nulles les procurations irrévocables accompagnées de renonciation de l'actionnaire à son droit de vote, tout en considérant que le fondement de l'indivisibilité des droits sociaux est incertain, et pour le second E. Perakis, op. cit., p. 101-103, 139 suiv., considérant, à l'issue d'un examen en profondeur de la nature du droit de vote, que l'indivisibilité des actions protège l'actionnaire contre la société, tandis que en cas de transfert essentiellement du droit de vote par acte du droit commun de l'actionnaire il s'agit en fait de transfert de l'action elle-même et par conséquent problème existe seulement en cas d'actions grevées de clauses d'agrément, sans exclure pourtant un contrôle in concreto de conflit de l'étendue de l'engagement avec les bonnes moeurs.

<sup>1720</sup> Ainsi M-Th. Marinos, op. cit., p. 163-164, plus généralement sur les conventions emportant privation de fait du droit de vote de l'actionnaire ou du droit de participer aux assemblées, sur le fondement pourtant non des principes du droit des sociétés et de la fraude à eux mais de l'opposition aux bonnes moeurs.

<sup>1721</sup> E. Perakis, op. cit., p. 149, G. Sotiropoulos in « Droit des sociétés anonymes » (dir. E. Perakis), t. 1, p. 431-433.



par lequel des actionnaires s'engageaient à l'égard des majoritaires à ne pas participer à l'avenir aux assemblées de la société, en retenant, semble-t-il, une conception radicale de la séparation des sphères sociétaire et extrasociétaire, conception accentuant les différences entre le droit français et le droit grec, mais aussi une conception minimaliste sur les bonnes moeurs en matière d'engagements de l'actionnaire ; pour le moment, cette tendance n'a pas été confirmée par d'autres décisions<sup>1722</sup>. D'autre part, sont valables en principe pour la conception grecque, comme en droit français, les engagements conventionnels du droit de vote d'un actionnaire de caractère temporaire et concernant certains sujets spécifiques<sup>1723</sup>. Est aussi réputé en principe valable l'engagement d'un actionnaire de s'abstenir à participer à une assemblée pour favoriser la prise d'une décision<sup>1724</sup>. Sont aussi valables en principe, comme en droit français, les conventions tendant à restreindre le pouvoir majoritaire dans la société, y compris pour ce qui concerne la nomination des organes de direction de la société ; cette possibilité est reconnue même dans le cas de la promesse octroyée par le cessionnaire d'un bloc de contrôle et nouveau majoritaire au cédant de nommer un nombre d'administrateurs proposés par ce dernier, promesse vue avec défaveur par la doctrine française (v. supra). En plus, à la différence de la conception dominante en France, la doctrine et la jurisprudence grecques semblent favorables à l'égard des conventions restreignant le droit du majoritaire de révoquer les administrateurs et dirigeants. Bien sûr, des clauses extrastatutaires introduisant des prohibitions générales de révocation du conseil d'administration sont réputées nulles, car contraires à la conception grecque du mécanisme de l'AE ; sont pourtant acceptées les conventions extrastatutaires de non révocation de membres du conseil<sup>1725</sup>. Ainsi, dans le cadre de l'affaire importante que nous avons présentée dans le chapitre précédent de la cession du bloc de contrôle d'une société grecque à une société multinationale française avec un pacte extrastatutaire prévoyant l'obligation du nouveau majoritaire de maintenir le cédant au poste du président conseiller dirigeant, ni la jurisprudence ni la doctrine n'ont relevé aucun problème de licéité du pacte prévoyant que le majoritaire n'aurait le droit de révoquer le cédant que dans les cas

---

<sup>1722</sup> Areios Pagos 1543/2004, Chr.I.D. 2005, 508. Critiques à l'égard de cet arrêt M.-Th. Marinos, *op. cit.*, p. 164, N. Rokas, manuel précité, p. 226. La convention entre actionnaires opérait cession des droits de l'un d'entre eux sur les dividendes des six prochaines années contre une rémunération forfaitaire, ainsi qu'une clause que le vendeur renonçait à toute participation à la direction de la société. Le but de la convention était le dépassement d'une situation de conflit entre les deux groupes d'actionnaires à participations à peu près égales.

<sup>1723</sup> Ainsi M.-Th. Marinos, *op. cit.*, p. 165, 199 (validité de principe des conventions entre actionnaires se référant à un ou plusieurs objets avec détermination des limites de l'engagement, validité de principe des engagements de vote accessoires à une autre obligation principale p. ex. d'augmentation de capital ou de cession d'actions ou de non distribution de dividendes).

<sup>1724</sup> E. Perakis, *op. cit.*, p. 127.

<sup>1725</sup> E. Perakis, *op. cit.*, p. 136-137.

d'incapacité mentale médicalement attestée ou de violation délibérée de sa part des décisions du conseil d'administration fixant les plans de l'entreprise sociétaire. Il est évident que cette clause serait, si elle était statutaire, contraire au principe de la révocabilité des administrateurs et des délégataires de pouvoir organique ad nutum du droit grec des sociétés anonymes, principe sans aucun doute d'ordre public sociétaire ; l'acceptation de la licéité de cette clause comme extrastatutaire montre combien différente de la conception française sur la relation entre l'impératif sociétaire et les rapports juridiques extrasociétaires entre actionnaires est la conception dominante grecque en la matière, avec une compréhension beaucoup plus forte de la séparation entre ces deux sphères et des limites à l'impact de l'ordre public sociétaire sur les pactes entre actionnaires ; nous croyons pourtant que la licéité de cette clause était douteuse même en tant qu'extrastatutaire comme potentiellement contraire au fonctionnement normal du mécanisme sociétaire et à l'intérêt social, du moins pour ce qui concerne l'irrévocabilité du minoritaire même pour faute grave de sa part, en dehors de la violation délibérée des décisions du conseil, ou pour autre cause grave en dehors du cas d'incapacité mentale<sup>1726</sup>. L'irrévocabilité des administrateurs peut aussi être poursuivie par le biais d'octroi par les actionnaires aux premiers de procurations irrévocables ou d'exoucioticeis sur leurs actions, la licéité de ces procédés dépendant selon la doctrine grecque de la licéité de la convention d'irrévocabilité ; mais les actionnaires maintiennent en tout cas et malgré les procurations octroyées le droit de voter dans l'assemblée pour ce qui concerne la révocation des administrateurs (par contre, de

---

<sup>1726</sup> V. les arrêts précités Mon. Prot. (TI) Athènes 5079/2002, Pol. Prot. (TGI) Athènes 5556/2003, Epheteio (CA) Athènes 7119/2004 et les consultations précitées des Professeurs Antonopoulos, Kotsiris et Rokas. La doctrine accepte aussi que la clause de non révocation ou de révocation sous conditions d'un administrateur accessoire à la convention ayant comme objet la nomination de la personne en cause comme administrateur serait valable ou même allant de soi - E. Perakis, *op. cit.*, p. 136. V. aussi sur les conventions extrastatutaires restreignant la libre révocabilité des administrateurs M.-Th. Marinos *op.cit.* p. 155-156, ce dernier auteur remarquant que la doctrine considère licite la clause selon laquelle l'actionnaire minoritaire peut demeurer président de la société autant qu'il le veut, clause qui est égale à une prévision d'irrévocabilité générale de principe de cette personne, tout en considérant lui-même comme nulle la clause imposant l'élection d'une personne comme président et conseiller dirigeant à vie, non sur le fondement de l'ordre public sociétaire, mais sur celui d'opposition aux bonnes moeurs (*op. cit.*, p. 164) ; de même pour le Pr. Perakis –*op. cit.*, p. 136- des pactes entre actionnaires visant à la pérennisation de l'influence de certaines personnes au sein de la société seraient contraires aux bonnes moeurs comme engageant excessivement la liberté des actionnaires. Plus facilement acceptable serait la licéité de la clause extrastatutaire selon laquelle les administrateurs seraient révocables seulement pour cause grave –v. M.-Th. Marinos, *op.cit.*, p. 155-156, du moins, croyons-nous, si l'on accepte comme constituant sans dérogation possible cause grave de révocation l'apparition de divergences importantes entre actionnaire majoritaire et dirigeant pour ce qui concerne la marche de l'entreprise et les fautes importantes de gestion du dirigeant. V. plus généralement sur la particularité des petites AE pour ce qui concerne l'appréciation de la licéité des pactes extrastatutaires N. Rokas *op. cit.*, p. 226-227. Comp. pour le droit français Y. Guyon, nos 273- 274, sur la conception dominante dans la jurisprudence française en matière des clauses extrastatutaires restreignant la libre révocabilité des administrateurs (bien que lui-même critique à l'égard de cette position).

tels procédés seraient en droit français illicites sans autre comme contraires à la prohibition d'octroi par les actionnaires de mandats permanents et irrévocables mais aussi comme contraires au principe d'ordre public de révocabilité des administrateurs ad nutum<sup>1727</sup>. Nous voyons de la sorte que, malgré la reconnaissance par la doctrine majoritaire des mêmes limites de principe quant à la licéité des conventions de vote qu'en France (dispositions d'ordre public, statuts, intérêt social) et plusieurs problèmes particuliers pour lesquels les deux droits donnent des réponses similaires, la reconnaissance d'une séparation plus stricte des sphères sociétaire et extrasociétaire en droit grec aboutit à des résultats parfois très divergents quant à la licéité de ces conventions dans les deux droits sous comparaison .

Les différences de la conception grecque par rapport à celle française quant à la licéité des pactes extrastatutaires concernant la cession des droits sociaux et les droits patrimoniaux des actionnaires sont dans certains cas plus importantes que pour ce qui concerne les conventions de vote. Pourtant, comme en droit français, mais sur le fondement du principe de séparation entre la sphère sociétaire et celle extrasociétaire, sont réputés en principe licites les pactes entre actionnaires imposant des restrictions à la cession des actions<sup>1728</sup>. En plus, comme en droit français, les pactes en cause ne doivent pas aboutir à l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire à l'une des parties sur l'autre, avec toutefois dans le cas du droit grec recours au contrôle de licéité par le critère de portée générale des bonnes mœurs, dans son aspect de la prohibition des engagements excessifs de la liberté des personnes. On devrait ainsi considérer, comme en droit français, mais sur le fondement du contrôle de conformité par rapport à la clause générale des bonnes mœurs, comme conditions de la validité d'un pacte d'inaliénabilité la poursuite d'un intérêt sérieux et légitime et le caractère temporaire de l'inaliénabilité. Serait aussi contraire aux bonnes mœurs la convention extrastatutaire qui donnerait à l'un des actionnaires le pouvoir discrétionnaire d'expulser un autre de la société, le droit grec aboutissant aussi par une autre voie au même résultat que le droit français<sup>1729</sup>. Pour ce qui concerne les conventions de rachat des actions, la conception grecque de la séparation des sphères immunise les pactes prévoyant un prix plancher de toute recherche d'opposition à un principe général de prohibition des clauses léonines, à la différence de la conception traditionnelle française, qui voyait cette

---

<sup>1727</sup> V. sur cette question E. Perakis, *op. cit.*, p. 137-138.

<sup>1728</sup> M.-Th. Marinos, *op. cit.*, p. 158. Selon cet auteur les pactes extrastatutaires concernant la disposition des actions d'un actionnaire relèvent de l'autonomie privée et du droit de propriété sur l'action, de sorte que tout engagement contractuel avec comme objet la disposition de la participation sociale (possibilité et conditions de cette disposition) doit être réputé licite.

<sup>1729</sup> M.-Th. Marinos, *op. cit.*, p. 165.

prohibition rayonner aussi dans le domaine des clauses extrastatutaires<sup>1730</sup>. Pareille est la situation pour la clause de cession du droit des actionnaires sur les bénéfices contre une rémunération fixe, que la conception dominante grecque voit comme valable, en excluant toute recherche sur le fondement de la prohibition des clauses léonines, de nouveau à la différence de la conception traditionnelle française ; de telles clauses extrastatutaires sur les droits financiers des actionnaires doivent pourtant en plus ne pas être in concreto contraires aux bonnes mœurs, notamment à l'art. 179 AK prohibant plus particulièrement certaines conventions manifestement déséquilibrées et conclues dans des circonstances les rendant immorales (v. supra, Partie I)<sup>1731</sup>. La différence entre les deux droits sous comparaison en la matière doit toutefois être relativisée, car, comme nous avons vu ci-dessus, la jurisprudence française la plus récente tend à cantonner la prohibition des clauses léonines au domaine du contrôle des clauses statutaires, bien que des incertitudes demeurent encore en la matière. D'autre part, pour ce qui concerne d'autres droits des actionnaires, non licites doivent être réputées, comme serait aussi le cas en droit français, les clauses extrastatutaires diminuant les droits légaux des minoritaires, car les dispositions introduisant ces droits sont indéniablement d'ordre public et leur effectivité exige le développement de leurs effets même dans la sphère extrastatutaire, une restriction conventionnelle des droits des minoritaires ne devant pas être acceptée, d'autant plus que l'exercice des droits des minoritaires peut souvent servir aussi l'intérêt social, non seulement leurs intérêts propres<sup>1732</sup>. Pareille doit être réputée la solution pour les droits individuels des actionnaires

---

<sup>1730</sup> V. M.-Th. Marinos, op. cit., p. 158, sur la liberté de pactes concernant les droits patrimoniaux de l'actionnaire.

<sup>1731</sup> V. ainsi l'arrêt précité 1543/2005 d'Areios Pagos, qui a jugé licite la convention entre actionnaires par laquelle les minoritaires vendent aux majoritaires leurs dividendes futurs de six années selon un prix déterminé, sur le fondement non de la distribution de dividendes par la société mais sur celui de son chiffre d'affaires indépendamment même de la réalisation de bénéfices. L'arrêt a appliqué le droit commun de la vente de droit futur, en écartant toute référence au droit des sociétés, selon une application stricte du principe de séparation des sphères. L'absence d'une disposition de portée générale en droit grec concernant la prohibition des clauses léonines a joué son rôle dans cet arrêt, dont la solution serait plutôt improbable en droit français (v. supra). On pourrait toutefois se demander combien la convention en cause était conforme au principe de l'indivisibilité de la participation de l'actionnaire, avec la cession de l'aspect patrimonial de l'action (espérance de bénéfices - participation au risque) contre rémunération. Il est vrai que la convention entre actionnaires prévoyait aussi la non participation des minoritaires aux assemblées, stipulation que Areios Pagos a jugé licite, un jugement qui a fait l'objet de la critique de la doctrine (v. supra). On pourrait dire que la convention en cause prise dans son ensemble (clause de non participation aux assemblées et clause de vente de l'espérance sur les dividendes futurs indépendamment de la réalisation de bénéfices) réalisait une cession atypique et provisoire (pour six années) de la participation des minoritaires. Si l'on accepte avec la doctrine grecque la nullité de la clause de non participation aux assemblées, on devrait apprécier la convention dans son ensemble et la considérer elle aussi nulle, car les parties semblent avoir envisagé les deux clauses comme liées entre elles.

<sup>1732</sup> Contra M.-Th. Marinos, op. cit., p. 156, critiquant la doctrine majoritaire qui accepte l'illicéité générale de telles clauses extrastatutaires de restriction des droits des minoritaires, cet

reconnus par des dispositions d'ordre public de la loi (p. ex. droit d'invoquer la nullité ou annulabilité des décisions des assemblées ou de demander la dissolution de la société dans les cas prévus par la loi ou de sortir de la société dans certains cas par rachat de leurs actions ou de demander l'accès à l'information que la loi leur reconnaît –v. supra, Partie I) et des restrictions extrastatutaires de portée générale à de tels droits doivent être réputées illicites ; mais des renonciations particulières une fois un droit concret d'agir né au profit de l'actionnaire sur le fondement de ces dispositions doivent être réputées en principe possibles, sauf opposition de la renonciation aux bonnes mœurs ou à la finalité de la disposition<sup>1733</sup>. Nulle serait aussi la convention, comme en droit français, mais en droit grec sur le fondement de la prohibition des actes juridiques contraires aux bonnes mœurs, introduisant une renonciation générale de l'actionnaire au principe d'égalité ; mais des renonciations ponctuelles à l'égalité sont valables<sup>1734</sup>.

Comme en droit français, mérite la peine une examination de la licéité des pactes extrastatutaires entre actionnaires du point de vue d'un ordre public économique grec plus général, au sens de l'ordre public économique sociétaire du marché. Pour ce qui concerne l'ordre public des marchés financiers, le droit grec ne contient pas, comme nous avons vu dans la Partie I, une disposition de portée générale imposant une obligation de transparence des pactes extrastatutaires concernant la cession des droits sociaux des sociétés cotées, à la différence du droit français. A défaut de disposition expresse de portée générale sur les pactes entre actionnaires dans les sociétés cotées, on pourrait conclure que l'autonomie de la volonté prévaut en la matière et la conclusion de tels pactes est en principe libre, comme en droit français ; mais les pactes extrasociétaires des actionnaires des sociétés cotées ne doivent pas –outre les autres restrictions des pactes extrastatutaires en général, p. ex. non opposition aux bonnes mœurs- être contraires dans leur contenu aux prescriptions impératives du droit des marchés financiers<sup>1735</sup>. Plus particulièrement pour les pactes introduisant des restrictions dans la cession des actions cotées, l'art. 4 par. 2 L3371/2005 permet dans les sociétés cotées les clauses de restriction de la cession des

---

auteur acceptant pourtant la nullité pour opposition aux bonnes mœurs des conventions prévoyant une renonciation générale des minoritaires à leurs droits (op. cit., p. 164).

<sup>1733</sup> Pour la possibilité de renonciation au droit de l'actionnaire d'invoquer la nullité ou d'annulation d'une décision particulière M-Th. Marinos, op. cit., p. 165. Nous croyons pourtant que ne serait pas valable comme contraire aux bonnes mœurs une telle renonciation en cas d'opposition du fond de la décision en cause à une loi impérative ou à la prohibition de l'abus de droit. Serait par contre licite p. ex. la convention par laquelle un actionnaire renoncerait au droit de demander sa sortie de la société à la suite d'une décision introduisant une clause d'agrément, si cette convention est conclue après la prise de la décision.

<sup>1734</sup> M-Th. Marinos, op. cit., p. 165.

<sup>1735</sup> M-Th. Marinos, op. cit., p. 161.

actions sans différencier entre clauses statutaires et extrastatutaires, pourvu que les clauses en cause ne perturbent pas le fonctionnement normal du marché ; la doctrine grecque interprète cette dernière prohibition comme ne concernant pas les pactes extrastatutaires, parce que ces pactes sont d'effet relatif et de la sorte ils ne peuvent pas perturber le fonctionnement normal du marché, la prohibition portant par contre sur les clauses statutaires introduisant de telles restrictions<sup>1736</sup>. Pourtant, comme en droit français, l'harmonisation communautaire a permis aux statuts de la société cotée grecque de neutraliser les pactes extrastatutaires durant la période d'une offre publique sur la société cotée (v. infra). En plus, comme en droit français, les conventions de vote sont un critère central pour l'établissement d'une action de concert entre actionnaires et l'imposition à eux des obligations que l'ordre public des marchés financiers grec rattache à l'action de concert, notamment celle de dépôt d'une offre publique à 100 pour cent en cas de franchissement de certains seuils (v. supra, Partie I). La doctrine grecque, comme celle française, examine aussi les pactes extrastatutaires entre actionnaires du point de vue de l'autre grande branche de l'ordre public économique du marché, celle du droit de la concurrence, les pactes extrastatutaires pouvant être illicites comme constitutifs d'une entente illicite ou exprimer une concentration devant être contrôlée<sup>1737</sup>. Comme en droit français, l'implication du droit de la concurrence dans l'appréciation de la licéité des pactes extrastatutaires signifie l'entrée en la matière des critères particuliers d'appréciation de la licéité de ce droit, comme d'ailleurs de l'organe particulier qu'est la Commission de la concurrence grecque, des critères largement convergents avec ceux en vigueur en droit français, à cause du caractère largement anational du droit de la concurrence (v. supra, Partie I). Il s'agit, comme en droit français, d'une prise en compte par le droit de la concurrence des effets indirects mais essentiels que peuvent avoir au niveau organisationnel les pactes extrasociétaires. On a vu pourtant d'autre part dans la pratique grecque qu'une opération de prise de contrôle sur une société importante a été jugée par l'autorité de la concurrence comme acceptable sur le fondement d'un pacte extrastatutaire entre actionnaires prévoyant une restriction des pouvoirs politiques du nouveau majoritaire dans la société (c'est de nouveau le cas de la cession du contrôle d'une société grecque à une multinationale française avec un pacte extrastatutaire de maintien de la cédante au poste de conseiller dirigeant)<sup>1738</sup>.

---

<sup>1736</sup> V. D. Avgitidis, ouvrage précité sur les AE cotées, p. 56.

<sup>1737</sup> M.-Th. Marinos, *op. cit.*, p. 11-13, 166. Le pacte - convention de vote - se cristallise dans ce cas comme société civile - mettant en place le fonctionnement d'une société anonyme - le plus souvent filiale commune - qui matérialise l'entente.

<sup>1738</sup> V. L. Kotsiris (en grec) «Pactes entre l'ensemble des actionnaires comme fondement de contrat de vente d'actions », EEmpD 2006, p. 237.

En matière de sanctions des pactes extrastatutaires pour illicéité, on rencontre en droit grec quelques difficultés étrangères au droit français. Les pactes extrastatutaires contraires à l'ordre public économique sociétaire sont bien sûr en droit grec, comme en droit français, nuls, sur le fondement des articles 174 (nullité de principe de l'acte juridique contraire à une disposition impérative de la loi), 178 (nullité de l'acte juridique contraire aux bonnes mœurs) AK et au sens de la nullité du droit commun grec (v. supra, Partie I, avec les différences par rapport à la nullité du droit français), s'agissant en principe d'une nullité absolue<sup>1739</sup>. Mais traditionnellement on considérait que la nullité était indiscutable en cas d'opposition d'un pacte aux bonnes mœurs, tandis qu'en cas d'opposition de la convention à la loi on distinguait selon une distinction plus générale du Code grec entre acte juridique lui-même prohibé par la loi (174 AK) et acte juridique créateur d'obligation avec simplement objet prohibé, cas dans lequel il y avait impossibilité de la prestation, qui en droit grec n'emporte pas nullité de la convention elle-même (365 AK –l'opposition de cette distinction à la conception française de la nullité est évidente, comme en droit français l'illicéité et l'impossibilité de l'objet du contrat sont parmi les raisons principales de la nullité de ce dernier) ; cette distinction concernait notamment les conventions de vote, la convention avec objet un vote contraire à la loi n'étant pas ainsi ipso facto réputée elle-même prohibée et nulle<sup>1740</sup>. Mais cette distinction trop subtile est plus généralement critiquée par la doctrine civiliste grecque moderne, qui considère que les cas de conventions créatrices d'obligations avec seulement objet prohibé doivent être réputés des exceptions<sup>1741</sup>. De la sorte, nous ne

<sup>1739</sup> V. E. Perakis, *op. cit.*, p. 161, M.-Th. Marinou, *op. cit.*, p. 225. Selon le Pr. Perakis, dans le cas d'une convention contraire aux bonnes mœurs et nulle pour engagement excessif de la liberté d'un actionnaire, il y aurait nullité relative, que seul l'actionnaire dont la liberté se trouve excessivement engagée pourrait invoquer. Pourtant, la doctrine civiliste grecque dominante plus récente semble accepter une nullité absolue pour toute opposition d'un acte juridique aux bonnes mœurs, sans distinction pour les actes engageant excessivement la liberté d'une personne. Sur les similitudes et différences des termes nullité absolue et nullité relative en droit français et en droit grec v. Partie I.

<sup>1740</sup> Selon le droit grec, la convention ayant un objet impossible déjà au moment de sa conclusion n'est pas nulle, à la différence du droit français, mais le créancier peut demander à l'autre des dommages intérêts pour inexécution de la convention, sauf si le débiteur ignorait sans faute de sa part l'impossibilité de sa prestation ou si le créancier connaissait l'impossibilité de l'objet de la prestation du débiteur, le fardeau de la preuve de ces situations subjectives exonératoires de responsabilité pesant sur le débiteur (art. 362-363 AK). V. pour l'approche de l'opposition à la loi du vote pour lequel l'actionnaire est engagé comme un problème d'impossibilité de la prestation promise, sauf en cas d'opposition du vote aux bonnes mœurs, d'atteinte au mécanisme de la société et certains cas de fraude à la loi, où l'illicéité est réputée entacher la convention de vote dans son ensemble E. Perakis, thèse précitée, not. p. 123 suiv., 134 suiv., considérant notamment que l'engagement de voter pour une décision constitutive d'abus de droit serait un cas de convention avec objet contraire à la loi et donc impossible, non un cas de convention prohibée elle-même et nulle, sauf si l'abus de droit constituait en même temps atteinte aux bonnes mœurs - *op. cit.*, p. 132.

<sup>1741</sup> V. p. ex. Ap. Georgiadis « Principes généraux », p. 461-463, considérant que le doute quant à la portée de la prohibition légale doit être résolu selon l'interprétation téléologique suivant la finalité de la prohibition, cette finalité aboutissant le plus souvent à l'illicéité de l'ensemble de la

croions pas que cette distinction -source de difficultés et de complications- a en principe aujourd'hui raison d'être dans le traitement des pactes extrasociétaires avec un objet contraire à l'impératif sociétaire ou plus généralement à la loi, comme on doit considérer que normalement la finalité de la disposition impérative ou principe d'ordre public violé par le pacte exigera la disparition totale des effets juridiques de ce dernier, et le pacte en cause doit être réputé nul comme tel<sup>1742</sup>. Il est d'autre part vrai que dans la doctrine grecque on considère encore en cas de conventions extrastatutaires constituant des tentatives de fraude à des clauses d'agrément que la convention créatrice d'obligations frauduleuse elle-même (v. sur la distinction en droit grec, à l'instar du droit allemand, entre acte créateur d'obligation et acte de transfert du droit exécutant le premier, supra, Partie I) n'est pas pour cette raison nulle pour les relations entre contractants, comme n'est pas nulle inter partes la vente elle-même des actions grevées d'une clause d'agrément non acceptée par la société (est par contre nul l'acte d'exécution de la vente par lequel la cession des actions est effectuée -v. supra)<sup>1743</sup> ; pourtant, la fraude à la clause d'agrément par le biais de convention extrastatutaire signifie cession essentiellement du droit de vote de l'actionnaire à un autre et une telle convention de vote serait nulle comme telle (v. supra), avec comme conséquence que l'actionnaire ne s'en trouverait pas engagé. Une relation d'indivisibilité éventuelle entre plusieurs pactes entre actionnaires pourrait aboutir comme en droit français à la nullité de l'ensemble des pactes liés entre eux à la suite de la nullité de l'un d'eux, non sur le fondement de la théorie de la cause, comme pour les ensembles contractuels en droit français, mais sur celui de la théorie du « fondement de l'acte juridique » (dikaiopraktiko themelio) pouvant lier entre eux plusieurs actes juridiques dont chacun constitue dans l'esprit des parties le « fondement » de leur engagement dans l'autre (v. supra, Partie I)<sup>1744</sup>. Pourtant, comme en droit français, la nullité d'un pacte extrastatutaire ne peut pas aboutir à la nullité d'une société, conséquence logique du principe de la séparation des sphères

---

convention et non seulement de l'objet de la prestation (sinon, la licéité du contrat avec comme objet la prestation illicite jugée impossible pourrait aboutir à la survivance d'effets juridiques -droit du créancier à des dommages intérêts- contraires à la finalité de la prohibition légale).

<sup>1742</sup> En tout cas, sur la nullité des conventions visant à porter atteinte au mécanisme de la société v. E. Perakis, *ibid.*, et sur la notion de mécanisme de la société comme limite à la licéité des pactes extrasociétaires v. ci-dessus dans notre étude. Par contre, des ouvrages plus récents ne reprennent pas la distinction entre pactes extrastatutaires eux-mêmes contraires à la loi et pactes extrastatutaires avec seulement objet prohibé par la loi -v. p. ex. M-Th. Marinos, p. 161, 226 suiv.

<sup>1743</sup> V. G. Sotiropoulos, *op. cit.*, p. 431. Le résultat en est toujours l'application pour les relations entre les parties du dispositif sur la prestation impossible -v. supra.

<sup>1744</sup> V. sur la théorie des conventions liées et la possibilité d'anéantissement en chaîne à la suite de la nullité de l'une d'elles pour disparition du fondement de l'acte juridique Ap. Georgiadis « Droit spécial des obligations », t. 1, p. 23 suiv. En cas de convention entre actionnaires unique avec plusieurs clauses et obligations en découlant, la nullité d'une clause de la convention pose la question de la nullité partielle - v. M.-Th. Marinos, p.225 et supra Partie I sur la solution du problème de la nullité partielle en droit grec.



sociétaire et extrasociétaire (d'ailleurs, comme nous avons vu dans la Partie I, la théorie grecque des nullités des sociétés de capitaux est encore plus restrictive que celle française et exclut la prise en compte de l'objet social réel ou de la cause frauduleuse de la société qui pourraient résulter du pacte entre actionnaires).

### **C. Régime juridique et effets des pactes extrastatutaires dans les deux droits sous comparaison**

Dans cette unité, seront successivement abordées les questions du régime juridique des pactes extrastatutaires une fois la question de leur licéité répondue, des effets juridiques de leur violation par l'une des parties, des effets juridiques de l'exécution d'un pacte illicite ainsi que la question des pactes extrastatutaires de lege ferenda.

#### **Le régime juridique des pactes extrastatutaires (durée, interprétation et caractère civil ou commercial)**

Sous cet intitulé, nous allons étudier les questions de la durée, de l'interprétation et de la commercialité éventuelle des pactes extrastatutaires pour les deux droits sous comparaison, celui français et celui grec. La question de la durée des pactes appartient aussi bien en droit français qu'en droit grec en principe au domaine de la liberté contractuelle, les parties étant libres soit de fixer une durée déterminée à leur pacte, soit de le laisser à durée indéterminée (v. pourtant supra sur l'opinion dominante en droit français que les conventions de vote permanentes sont nulles et sa critique par le Pr . Y. Guyon). En droit français, les parties ont intérêt de fixer pour leur pacte une durée déterminée ou déterminable, car en absence d'une telle clause le pacte serait qualifié de durée indéterminée, avec comme conséquence que chaque partie pourrait le résilier unilatéralement à tout moment, en respectant toutefois un préavis suffisant<sup>1745</sup>. Encore plus, si les parties ne veulent pas avoir un pacte juridiquement très fragile, elles doivent prévoir dans leur pacte une durée déterminée avec un terme déterminé, les pactes même avec durée déterminable étant réputés dangereux parce que susceptibles d'être requalifiés en pactes à durée indéterminée<sup>1746</sup>. Il est à rappeler aussi que selon la jurisprudence française,

---

<sup>1745</sup> P. Mousseron, *op. cit.*, n° 352.

<sup>1746</sup> V. ainsi CA Paris 15 décembre 2006, Bull. Joly sociétés 2007, p. 479, § 124, note F.-X. Lucas et en rejetant le pourvoi Ch. com. C. cass. 6 novembre 2007, Dr. soc. 2008, n°10 note H. Hovasse (est à durée indéterminée - et par conséquent résiliable à tout moment - le pacte stipulant qu'il resterait applicable aussi longtemps que ses signataires restaient ensemble actionnaires, la Cour

même les contrats à durée déterminée peuvent être résiliés unilatéralement par la partie non fautive en cas d'une faute grave du cocontractant, le droit de résiliation devant dans ce cas être réputé, croyons-nous, d'ordre public, une jurisprudence qui trouve bien sûr application dans les pactes extrastatutaires entre associés<sup>1747</sup>. En droit grec, on retrouve bien sûr la même distinction entre pactes extrastatutaires à durée déterminée et à durée indéterminée, toujours selon la volonté des parties ; la même distinction existe bien sûr si le pacte extrastatutaire entre actionnaires peut être qualifié de société civile de l'AK (v. supra) car, comme nous l'avons vu dans la Partie I, les sociétés de personnes du droit grec peuvent être à durée déterminée ou indéterminée<sup>1748</sup>. Comme en droit français, à défaut de détermination de la durée par les parties, il s'agira d'une convention à durée indéterminée<sup>1749</sup>. Selon un principe général du droit privé grec, les conventions à durée indéterminée sont, comme en droit français, résiliables à tout moment, sous respect toutefois des exigences de la bonne foi (288 AK) et de la prohibition de l'abus de droit (281 AK) ; selon une disposition sur les sociétés civiles concrétisant le principe de bonne foi,

---

considérant qu'il n'y avait aucun terme à la convention et que le départ de l'un des associés prévu comme terme du pacte n'était pas certain). Même les clauses alignant la durée du pacte sur celle de la société ou sur le maintien de l'actionnariat en vigueur au jour du pacte sont réputées par la doctrine risquées, pouvant être requalifiées par les tribunaux comme rendant le pacte à durée indéterminée - v. ainsi 1ère Ch. civ. C. cass. 19 mars 2002, JCP 2003 I, 122, note A. Constantin. Certains arrêts admettent les pactes alignés sur la durée de la société comme pactes à durée déterminée, mais la prorogation de la société n'emporte pas prorogation du pacte de plein droit. La validité même de cette clause est d'autre part contestée sur le fondement de la prohibition des engagements perpétuels. V. sur ces questions P. Mousseron, *op. cit.*, n° 353, H. Dubout, « Les clauses de durée dans les pactes extrastatutaires entre actionnaires », Bull. Joly sociétés, 1997, p. 5, § 1.

<sup>1747</sup> Jurisprudence constante depuis 1ère Ch. civ. C. cass. 13 octobre 1998, Bull. civ n° 300, P. Mousseron, *op. cit.*, n° 353. V. *ibid*, nos 354 suiv., sur les clauses conventionnelles de raccourcissement du délai initiale du pacte.

<sup>1748</sup> M.-Th. Marinos, *op. cit.*, p. 71 suiv.

<sup>1749</sup> M.-Th. Marinos, *op. cit.*, p. 73. Est réputée aussi à durée indéterminée la société civile - pacte entre actionnaires qui est continué après l'expiration de la durée déterminée initialement convenue. Bien sûr, une convention extrastatutaire de très longue durée peut être nulle comme conséquence d'opposition aux bonnes mœurs, cette opposition étant constatée avec prise en compte de l'ensemble des stipulations et circonstances - v. M.-Th. Marinos p. 73 et supra plus généralement sur l'opposition des pactes extrastatutaires aux bonnes mœurs. La doctrine grecque est négative à l'égard d'un pacte avec comme durée alignée sur celle de la société anonyme comme constituant engagement excessif de la personne, car la société, bien que de durée déterminée selon la loi, peut s'éterniser - sauf exceptions, dans les cas où les parties peuvent facilement se libérer de la convention, p. ex. par une cession facile de leurs actions à un prix raisonnable - v. M.-Th. Marinos, *op. cit.*, p. 74. La durée du pacte alignée à la vie d'un actionnaire pose problème, sans être considérée ipso facto illicite. En tout cas, si l'on considère que le pacte entre actionnaires est une société civile, l'art. 768 AK prévoit que la société constituée pour la durée de la vie d'un associé est réputée à durée indéterminée - v. E. Perakis, *op. cit.*, p. 221, M.-Th. Marinos, p. 74. La doctrine grecque est plutôt favorable à l'égard des clauses alignant la durée du pacte au maintien de la qualité d'actionnaire, en considérant qu'elle signifie maintien du contrat entre les autres participants et qu'elle rend le pacte à durée déterminée tant que l'actionnaire maintient sa qualité - v. M.-Th. Marinos, *op. cit.*, p. 74-75.

l'associé qui résilie une telle société à durée indéterminée à contretemps et sans cause grave est obligé de payer des dommages-intérêts aux autres associés (art. 767 AK), disposition applicable aux pactes extrastatutaires ayant la nature de société civile, comme c'est le cas avec les pactes prévoyant des obligations réciproques des parties tenant vers la poursuite d'un but commun<sup>1750</sup>. Les conventions à durée déterminée sont résiliables par toute partie avant l'expiration de leur durée seulement pour cause grave (spoudaios logos), toujours selon le critère de bonne foi pour l'établissement du concours de la cause grave, cette notion n'exigeant pas nécessairement une faute de la part d'un des contractants ; un pacte extrastatutaire à durée déterminée pourrait ainsi être résilié plus facilement en droit grec qu'en droit français - d'autant plus que selon la jurisprudence grecque la résiliation d'une société civile à durée déterminée (société que peut constituer un pacte entre actionnaires, v. supra) sans concours d'une cause grave produit normalement ses effets de disparition du contrat pour l'avenir, avec seulement naissance éventuelle d'une obligation de celui qui a résilié sans cause grave pour dommages-intérêts<sup>1751</sup>. Des clauses du pacte extrastatutaire restreignant le droit de résiliation de chaque partie pour cause grave, p. ex. en introduisant de lourdes clauses pénales, doivent être réputées nulles comme contraires aux bonnes mœurs ou même, combinées avec d'autres éléments, emporter la nullité du pacte lui-même<sup>1752</sup>. On devrait en plus accepter que les pactes extrastatutaires avec un fort élément d'intuitu personae- ainsi les conventions de vote- n'engagent pas les héritiers de

---

<sup>1750</sup> V. sur la résiliation des pactes entre actionnaires à durée indéterminée à tout moment M.-Th. Marinos, *op. cit.*, p. 71 et plus généralement sur la résiliation des contrats à durée indéterminée Ap. Georgiadis « Droit des obligations. Partie générale », p. 526 suiv., du même « Droit des obligations-Partie spéciale », t. 2, p. 758 suiv.. Dans ce cas, il n'y a pas obligation ex lege de respect d'un préavis - mais les parties peuvent prévoir dans leur convention une pareille obligation ou même exclure pour une période donnée (non indéfiniment) le droit de résiliation sans cause (est pourtant toujours possible la résiliation pour cause grave). Il est à noter que selon l'art. 767 § 2 - concrétisant le principe général de bonne foi - l'associé d'une société civile à durée indéterminée qui résilie la société à contretemps et sans cause grave est tenu à.

<sup>1751</sup> V. supra, Partie I. Sur la résiliation des pactes entre actionnaires à durée déterminée seulement pour cause grave v. N. Rokas, manuel précité p. 227. La convention entre associés ou actionnaires constituant une société civile prend aussi fin avec l'accomplissement de son but, ce dernier étant cause de dissolution de la société civile entre actionnaires (ainsi AK 772 sur les sociétés civiles). Cette cause de dissolution ne joue pas toutefois facilement si la société entre actionnaires vise à la coordination de leur comportement dans la société à long terme. La dissolution de l'AE emporte aussi la dissolution de la société civile entre actionnaires pour impossibilité de réalisation de son but (AK 772). Dans les cas spécifiques où le caractère de mandat prévaut dans la convention, le mandat prend fin selon les dispositions de l'AK (art. 724, 725 AK). La résiliation du pacte principal entre actionnaires (p. ex. clause extrastatutaire d'agrément, cession fiduciaire d'actions) emporte aussi résiliation de la convention de vote accessoire servant le pacte principal. V. sur ces questions M.-Th. Marinos, *op. cit.*, p. 71-73.

<sup>1752</sup> V. plus généralement sur les restrictions du droit de résiliation pour cause grave des contrats à durée A. Georgiadis « Droit général des obligations », p. 527 et plus particulièrement pour les pactes entre actionnaires E. Perakis, *op. cit.*, p. 139 suiv., M.-Th. Marinos, *op. cit.*, p. 163.

l'actionnaire qui les a conclus<sup>1753</sup>. Il est à noter en plus pour ce qui concerne le droit de résiliation du pacte extrastatutaire, qu'une opinion dans la doctrine grecque exprimée par un éminent juriste (le Pr. L. Kotsiris) fait une distinction importante, en soutenant que dans le cas de pactes extrastatutaires, notamment des conventions de vote, se présentant comme accessoires d'un autre contrat -ainsi pour la convention de vote garantissant le maintien dans le poste du conseiller dirigeant de la société du vendeur d'un bloc de contrôle de la société -, il n'y a pas de droit de résiliation unilatérale du pacte extrastatutaire, parce que les deux actes sont liés dans l'esprit des parties, la convention de vote étant le « fondement de l'acte juridique » de la cession (v. supra, Partie I sur la théorie du fondement juridique – dikaiopraktikó themelio- en droit grec et ses fonctions) ou même ils constituent un acte juridique unique mixte, le régime de l'acte principal – la vente du bloc de contrôle- l'emportant sur celui du pacte extrastatutaire et excluant le droit de résiliation de ce dernier<sup>1754</sup> ; ce point de vue a l'avantage de prendre en compte des constructions juridiques complexes dans l'interdépendance de leurs éléments ou la dépendance de l'un de ses éléments de l'autre, mais d'autre part il restreint peut-être trop la liberté de chacune des parties, en leur refusant la possibilité de mettre unilatéralement fin au pacte les liant, si la relation de confiance entre elles a été par la suite rompue. Si l'exécution du pacte extrastatutaire passe par l'octroi d'une procuration, qui peut être irrévocable (v. supra sur les conditions), ou par une exouciotici (v. supra sur la notion), la résiliation de la relation de base (du pacte) doit aussi être réputée mettre fin à l'octroi du pouvoir (ainsi en général 222 AK –d'ailleurs les procurations irrévocables et exoucioticeis sont fortement soupçonnées comme frauduleuses parce qu'elles privent essentiellement l'actionnaire de son droit de vote). Il est à noter aussi que les pactes liant l'Etat grec à des investisseurs stratégiques étrangers dans le cadre d'une série d'entreprises particulièrement importantes d'économie mixte (v. supra), des pactes ratifiés par des lois spéciales et échappant de la sorte au droit commun des sociétés mais aussi largement au droit commun des contrats, prévoient de

---

<sup>1753</sup> Ainsi E. Perakis, op. cit., p. 219-220.

<sup>1754</sup> Ainsi L. Kotsiris (en grec) «Pacte d'actionnaires entre l'ensemble des actionnaires comme le fondement juridique de contrat de vente d'actions », EEmpD 2006, p. 237 suiv. Il s'agit d'une consultation- étude du Pr. Kotsiris écrite elle aussi dans le cadre du litige ayant opposé la cédante grecque du bloc de contrôle d'une société grecque au cessionnaire-société multinationale française à l'occasion de la violation par la dernière du pacte d'actionnaires la liant à la première. Il est aussi à noter que les arrêts des juges du fond sur cette affaire ont repris cette considération, en réputant que les clauses du pacte extrastatutaire étaient le « fondement de l'acte juridique » de la vente par la cédante du bloc de contrôle, au sens de la condition absolument nécessaire de sa décision de vendre. Dans ce cas, selon le Pr. Kotsiris, est exclue la qualification de la convention de vote comme société civile du droit grec, parce qu'il ne s'agit pas de poursuite d'un but commun par les parties, mais essentiellement d'un accessoire d'une convention de vente d'un bloc de contrôle, chacune des parties poursuivant ses intérêts personnels. V. infra sur la solution qu'Areios Pagos a donné sur la question de l'impact de ce pacte sur la sphère sociétaire.

façon exhaustive et restrictive les causes de leur résiliation par l'Etat grec ainsi que leurs conséquences ; un d'eux, conclu entre l'Etat grec et Deutsche Telecom dans le cadre de leur coopération au sein de l'Organisme de Télécommunications grec – OTE, auquel les parties participaient avec un pourcentage de 25 pour cent chacun, va jusqu'à refuser à l'Etat grec le droit de résiliation même pour cause grave résultant de l'inexécution des obligations contractuelles de l'opérateur allemand, pourvu que ce dernier maintienne le pourcentage mentionné ci-dessus dans l'OTE – mais la constitutionnalité de cette clause et de la loi la ratifiant est pour le moins douteuse<sup>1755</sup>.

Pour ce qui concerne l'interprétation des pactes extrastatutaires, la doctrine française applique d'abord les principes du droit commun des articles 1156 suiv. du Code civil<sup>1756</sup>. La même doctrine souligne d'ailleurs qu'en matière de conventions sociétaires, on est souvent en présence de groupes de contrats, à savoir d'opérations servant la même opération juridico-économique (v. supra notre Introduction), réalité aboutissant à une prise en compte globale de ces conventions.<sup>1757</sup> Les parties peuvent bien sûr exploiter le champ de la liberté contractuelle pour énoncer des directives d'interprétation ou écarter certains éléments (par exemple usages) de l'interprétation de leur convention ou pour s'efforcer de rendre indépendantes certaines conventions<sup>1758</sup>. Pourtant, les clauses affirmant l'indépendance des conventions trouvent leurs limites selon la jurisprudence française dans l'existence d'une indivisibilité entre conventions, la clause d'indépendance pouvant être en contradiction avec la cause subjective (au sens de la finalité commune des conventions indivisibles)<sup>1759</sup>. Les juges français tendent en plus à une interprétation objective et globalisante des conventions sociétaires, en absence d'intervention volontaire des parties, notamment en cas de conventions sociétaires formant des ensembles contractuels<sup>1760</sup>. De l'autre côté de la comparaison, la doctrine grecque adopte, comme celle française, les principes d'interprétation du droit commun des contrats pour l'interprétation des pactes extrastatutaires entre actionnaires, des principes qui aboutissent à une interprétation

---

<sup>1755</sup> V. sur ces restrictions de causes de résiliation N. Bassayannis, monographie précitée, p. 91 suiv., notamment p. 100, arguant pour l'inconstitutionnalité de la clause de non résiliation sur le fondement des art. 5 (liberté économique), 106 (prohibition de l'abus du pouvoir économique) et 20 (droit de chacun à la protection judiciaire) de la Constitution grecque.

<sup>1756</sup> P. Mousseron, *op. cit.*, n° 66 suiv.

<sup>1757</sup> P. Mousseron, *op. cit.*, n° 67.

<sup>1758</sup> P. Mousseron, *op. cit.*, n° 67.

<sup>1759</sup> Ainsi plus généralement Ch. com. C. cass. 24 avril 2007, RDC 2008 p. 276, note D. Mazeaud, P. Mousseron, *op. cit.*, n° 67 et *ibid.* sur le cas d'une clause de divisibilité d'une obligation de préférence dans le cadre d'un contrat unique.

<sup>1760</sup> V. P. Mousseron, *op. cit.*, n° 68, sur les critères de cette interprétation objective, ses relations avec la méthode prépondérante d'interprétation subjective et ses conséquences.

largement subjective, avec priorité à la recherche de l'intention réelle des parties (art. 173 AK). Cette conception accentue la différence entre pactes extrastatutaires et statuts, notamment ceux de l'AE, ces derniers étant interprétés objectivement, selon le critère de la protection des tiers, avec recours aux critères de la bonne foi, compte tenu aussi des usages en vigueur (ainsi art. 200 AK sur l'interprétation objective –v. supra Partie I sur l'interprétation exclusivement objective des statuts comme conséquence de leur caractère normatif et plus généralement sur les critères d'interprétation – subjectif et objectif- des actes juridiques en droit grec)<sup>1761</sup>. Plus débattue est la question de l'influence éventuelle des pactes extrastatutaires sur l'interprétation des statuts, notamment s'il s'agit d'AE « fermées » et de pactes entre l'ensemble des actionnaires, l'opinion dominante excluant pourtant la prise en compte des pactes extrastatutaires dans l'interprétation des statuts qui doit être objective, suivant leur nature comme acte normatif de droit privé (v. infra plus généralement sur la question de l'influence des pactes extrastatutaires, notamment de ceux conclus entre tous les actionnaires, sur l'organisme sociétaire )<sup>1762</sup>.

Pour ce qui concerne la question de la commercialité des pactes extrastatutaires, la doctrine française accepte la commercialité de tels pactes portant sur le contrôle d'une

---

<sup>1761</sup> M.-Th. Marinos, *op. cit.*, p. 211-212, contra E. Perakis, thèse précitée, p. 185, ce dernier auteur soutenant que l'importance de ces pactes pour le fonctionnement de l'AE doit aboutir à une priorité au critère objectif d'interprétation, surtout s'il s'agit de pactes ayant des conséquences pour les tiers ou étant englobés dans l'instrumentum des statuts. Dans le cas d'un pacte- société civile, le but social a bien sûr un rôle prépondérant dans l'interprétation. Selon le Pr. Marinos, l'interprétation subjective - celle recherchant la volonté réelle des parties - doit être respectée même dans le cas de l'inclusion du pacte extrastatutaire dans l' « instrumentum » des statuts (v. supra sur cette possibilité). La recherche de la volonté réelle des parties n'exclut pas d'ailleurs la prise en compte des conditions objectives dans laquelle la convention a été conclue, notamment la structure et la réalité de la société à laquelle le pacte extrastatutaire se réfère. Pour ce même auteur, les conventions des actionnaires des sociétés cotées doivent être interprétées d'une manière restrictive, mais ce principe n'est pas applicable généralement pour tous les pactes, car lui attribuer une telle portée irait à l'encontre du principe de la liberté contractuelle.

<sup>1762</sup> En principe, le pacte extrastatutaire entre certains actionnaires n'est pas pris en compte pour l'interprétation des statuts, cette dernière se faisant selon des critères objectifs dans le but de protéger les intérêts des tiers (notamment des créanciers) et des futurs actionnaires. Dans la doctrine allemande, est dominante l'opinion selon laquelle une convention entre tous les actionnaires échappe au principe de l'interprétation objective des statuts et doit être prise en compte pour l'interprétation de la « constitution » de la société. Ainsi Pol. Prot. (TGI) Athènes 5723/2006 DEE 2006, p. 1145, obs. M.-Th. Marinos, selon lequel la convention entre l'ensemble des actionnaires devient texte essentiel pour l'interprétation des statuts. Pourtant, cette opinion ne semble pas dominante dans la doctrine grecque - v. sur le débat les opinions proposées et leur critique M.-Th. Marinos, *op. cit.*, p. 212 suiv. Ce qui est d'autre part indéniable est que les statuts de l'AE doivent être pris en compte dans l'interprétation des conventions extrastatutaires entre actionnaires - v. M.-Th. Marinos, *op. cit.*, p. 221.

société commerciale, point de vue adopté aussi par la jurisprudence<sup>1763</sup>. Par contre, est douteuse la reconnaissance de la commercialité des pactes portant non sur le contrôle de la société, mais sur les droits propres des associés<sup>1764</sup>. En plus, bien que la qualification d'un acte juridique comme commercial soit d'ordre public, le régime des conséquences de la commercialité est souvent laissé au domaine de la liberté contractuelle (v. supra, Partie I)<sup>1765</sup>. Pour le droit grec, les conséquences de la séparation de sphères entre domaine sociétaire et domaine extrasociétaire sont plus accentuées qu'en droit français, de sorte que le problème de la commercialité des pactes extrastatutaires, même entre actionnaires, ne se pose pas, bien que la société anonyme (AE) soit pour le droit grec commerciale par la forme, comme en droit français (v. supra, Partie I). Il est ainsi indéniable que si la convention extrastatutaire entre actionnaires organisant le contrôle dans la société peut être qualifiée de société, il s'agira d'une société civile, non d'une société commerciale (v. supra). On pourrait toutefois considérer que les pactes entre actionnaires portant directement sur la cession de contrôle de la société anonyme sont des actes de commerce par accessoire, comme le sont les pactes portant directement sur la cession des actions cotées.

#### **Les effets des pactes extrastatutaires licites, notamment en cas de leur violation**

Conformément au caractère des pactes extrastatutaires comme contrats de droit commun, leurs effets relèvent en principe aussi bien en droit français qu'en droit grec du droit commun du contrat, avec application notamment du principe de l'effet relatif des conventions<sup>1766</sup>. Les pactes extrasociétaires sont ainsi en principe *res inter alios acta* pour la société, qui n'est pas normalement partie d'eux ; la doctrine grecque exclut d'ailleurs plus particulièrement la validité de conventions de vote éventuelles entre la société anonyme et l'actionnaire, selon lesquelles ce dernier s'engagerait à voter selon les instructions de la première (essentiellement de son conseil d'administration), en les considérant comme contraires aux dispositions impératives du droit des AE concernant la répartition des

---

<sup>1763</sup> P. Mousseron, *op. cit.*, n° 53, avec comme fondements soit la théorie de l'accessoire soit la nature de l'opération.

<sup>1764</sup> P. Mousseron, *op. cit.*, n° 53.

<sup>1765</sup> P. Mousseron, *ibid.* Les conséquences les plus importantes de la commercialité sont ainsi la compétence des tribunaux de commerce, la preuve plus facile et la présomption de solidarité passive.

<sup>1766</sup> V. ainsi à titre indicatif Y. Guyon *op. cit.* nos 201 suiv., P. Mousseron *op. cit.* no 63 suiv., M.-Th. Marinos *op. cit.* p. 101 suiv.

compétences entre les organes sociaux au sein de la société<sup>1767</sup>. Il est pourtant vrai que la montée de l'importance des pactes extrastatutaires entre actionnaires a posé aussi bien en France qu'en Grèce la question d'une "osmose" éventuelle de leurs effets avec le fonctionnement de l'organisation sociale, notamment s'il s'agit d'un pacte conclu entre l'ensemble des associés ou actionnaires<sup>1768</sup>. D'autres droits (comme le droit anglais et le droit allemand) reconnaissent que des pactes entre l'ensemble des associés ou actionnaires ont des effets au niveau sociétaire et leur violation peut emporter la nullité de la décision de la société par laquelle la violation a été effectuée<sup>1769</sup>. La question des effets de la violation d'un pacte extrastatutaire par l'une des parties a ainsi des conséquences très importantes, notamment pour ce qui concerne les relations et limites du sociétaire et de l'extrasociétaire, spécialement dans le cas où la violation du pacte extrasociétaire se fait par le biais d'actes sociétaires (délibération sociale prise par l'associé majoritaire en violation d'un pacte extrastatutaire avec le ou les minoritaires), mais aussi plus généralement sur l'efficacité des différents montages sociétaires. En tout cas, la solution de principe traditionnelle du droit français, conforme au droit commun des contrats (art. 1142 C. civ.) et toujours en vigueur, est que l'inexécution ou violation d'un pacte extrastatutaire soit par le biais d'une délibération sociale, soit par le biais d'un contrat, a comme sanction l'engagement de la responsabilité contractuelle de la partie ayant violé son engagement contractuel, responsabilité qui se résout en dommages-intérêts<sup>1770</sup>. Cette solution, conforme au principe de l'effet relatif des conventions (1165 C. civ.), a comme résultat que la validité des actes juridiques effectués en violation du pacte (délibération sociale, contrat de cession d'actions notamment opérant changement de contrôle) n'est pas mise en cause, avec comme conséquence que l'efficacité du pacte se trouve réduite et la sphère sociétaire cloisonnée des effets du pacte violé<sup>1771</sup>. Correctif à cette solution traditionnelle fondée sur l'effet relatif des conventions portent toutefois en cas de violation du pacte par le biais d'un

---

<sup>1767</sup> Ainsi M- Th. Marinos, *op.cit.*, p. 192-193 et plus généralement sur la société et son conseil d'administration comme tiers au pacte p. 103 suiv. Pourtant, selon cet auteur, la société peut être un tiers bénéficiaire du pacte selon le droit commun de la stipulation pour autrui.

<sup>1768</sup> V. en ce sens (en grec) L. Kotsiris « Pacte d'actionnaires entre l'ensemble des actionnaires », étude précitée, G. Michalopoulos « De la rigueur statutaire à l'osmose avec les pactes extra-sociétaires » in 18e Congrès grec de droit commercial, éd. Nomiki Vivliothiki 2008, p. 145 suiv.

<sup>1769</sup> V. pour une présentation des solutions de la jurisprudence anglaise et allemande en la matière L. Kotsiris, étude précitée.

<sup>1770</sup> S. Schiller, *op. cit.*, n° 165.

<sup>1771</sup> Il s'agit selon l'expression de M. J.-P. Bertrel de « tare congénitale des conventions extrastatutaires » (« Liberté contractuelle et sociétés », article précité, n° 23). V. aussi les critiques de F.- D. Poitrinal « L'exécution forcée en nature des promesses d'actions » Bull. Joly soc. 1995, p. 27, Ph. Petel, rapport de synthèse in « Les pactes extrastatutaires », JCP E, Cahiers du droit de l'entreprise, suppl. n° 1, février 1992, p. 43, A. Mignon-Colombet « L'exécution forcée en droit des sociétés », *Economica* 2004, préface Y. Guyon.



contrat avec un tiers les théories de l'opposabilité et surtout de la fraude et plus particulièrement de la collusion frauduleuse. Selon cette théorie, l'acte réalisé en violation d'un pacte entre associés (notamment un pacte portant des restrictions de la cession des droits sociaux) avec un tiers peut être annulé en cas d'existence d'une collusion frauduleuse entre l'une des parties du pacte et le tiers cocontractant de l'acte juridique par le biais duquel le pacte entre associés est violé<sup>1772</sup>. L'avancée de la Cour de cassation vers l'adoption d'une règle dite d'assimilation des manquements contractuels et délictuels permet aussi d'étendre le champ d'application du pacte entre associés<sup>1773</sup>. Pour ce qui concerne les relations entre les parties des pactes, dans certains cas de figure les juges du fond français ont ordonné l'exécution forcée en nature du pacte entre associés violé par le biais de refus de son exécution, en ayant recours au moyen d'astreinte imposée à l'associé récalcitrant, sans poser toutefois la question de la substitution de la décision judiciaire à l'expression de la volonté de ce dernier<sup>1774</sup>. Il est aussi à noter que l'effet relatif du pacte entre associés

---

<sup>1772</sup> S. Schiller, *op. cit.*, n° 167. Pour une application jurisprudentielle v. Ch. com. C. cass. 7 janvier 2004, Bull. Joly sociétés 2004, p. 544 note P. Le Cannu, CA Versailles 20 juin 2003, RJDA 12/2003, n° 1189 p. 1032. Pour que la collusion frauduleuse entre l'une des parties et le tiers soit établie doivent être établies la connaissance du tiers de l'existence du pacte et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir ainsi que la volonté des parties d'ignorer les droits du bénéficiaire. Selon ce fondement, l'arrêt précité de la CA de Versailles a annulé une cession d'actions à un tiers en violation d'un pacte de préférences entre actionnaires. Bien sûr la collusion frauduleuse peut aussi fonder la responsabilité civile du tiers ayant coopéré à la violation du pacte entre actionnaires à l'égard du bénéficiaire de ce dernier, une responsabilité délictuelle, sur le fondement de l'article 1382 C. civ. Sur la théorie de l'opposabilité du contrat aux tiers « absolus » comme limite au principe de son effet relatif, v. J. Flour- J.-L. Aubert - E Savaux, n° 432. La condition de l'établissement de l'opposabilité est simplement la connaissance du contrat par la personne qui a coopéré à sa violation, sans besoin d'établissement de son intention de participer à sa violation. Avec l'établissement de cette condition est établie la faute du tiers, ce dernier engageant sa responsabilité délictuelle à l'égard de la victime de la violation. Mais l'opposabilité du contrat ne peut avoir comme sanction la nullité de l'acte juridique le violant entre l'une des parties et un tiers. Sur l'opposabilité du contrat et les pactes extrastatutaires, v. P. Mousseron, *op. cit.*, n° 64.

<sup>1773</sup> C. cass. Ass. pl. 6 octobre 2006, D. 2006, p. 2825, note G. Viney, selon lequel « le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage », et pour une application en matière de pactes d'actionnaires Ch. com. C. cass. 18 déc. 2007, Bull. Joly sociétés 2008, p. 493, note S. Messaï-Behri. Dans cette affaire, un pacte entre actionnaires d'une SAS obligeait le président d'une SAS qui avait aussi les qualités de directeur commercial et d'actionnaire à l'exclusivité. Une fois le président révoqué et licencié de son poste de directeur commercial, la SAS a agi en dommages-intérêts à l'encontre de son ancien président pour violation de son obligation d'exclusivité, bien que la société n'ait pas été partie au pacte entre actionnaires. Le fondement de l'arrêt n'a pas été la construction d'une stipulation pour autrui, mais exactement le principe de l'assimilation des responsabilités contractuelle et délictuelle, ce dernier étant plus favorable pour la société que la stipulation pour autrui (v. la note précitée de Mme Messaï-Behri, selon laquelle le pacte entre actionnaires se trouve instrumentalisé dans l'intérêt social). V. sur l'ensemble de la question P. Mousseron, *op. cit.*, n° 63 - D. Porrachia- H. Lecuyer- A. Raymond « Relativité et opposabilité des pactes d'actionnaires », Droit et patrimoine, novembre 2009, p. 64.

<sup>1774</sup> Y. Guyon, *op. cit.*, n° 201 et plus particulièrement pour les conventions de vote n° 291 v. S. Schiller, *op. cit.*, n° 168. V. ainsi CA Paris 30 juin 1995, JCP E 1996 II n° 795, note J.-J. Daigre, Dr. sociétés 1995, n° 198, obs. D. Vidal (condamnation à exécution d'une promesse de vote d'une

relève du domaine de la liberté contractuelle, les parties pouvant y renoncer<sup>1775</sup>. D'ailleurs, comme nous avons vu supra, les parties aux pactes extrastatutaires recourent souvent à des techniques supplémentaires - notamment de nature « fiduciaire », ou au mandat - pour garantir que le pacte entre elles sera exécuté (v. supra) ; elles recourent aussi souvent à la technique des clauses pénales pour le cas d'inexécution de leurs pactes, dans le but de renforcer la sanction de cette inexécution, en considérant que les sanctions prévues par la loi sont faibles ou juridiquement incertaines<sup>1776</sup>. Dans certains cas, on a aussi utilisé le recours à des clauses extrastatutaires d'exclusion de l'actionnaire éventuellement défaillant présentées comme promesses de vente de ses actions par ce dernier au profit des autres parties du pacte, à un prix déterminé selon des critères objectifs mais réduit, comme pénalité privée supplémentaire<sup>1777</sup>. En dehors de ces correctifs aux effets de la violation des pactes selon le droit du contrat, la doctrine et la jurisprudence françaises acceptent que dans certains cas exceptionnels les pactes entre l'ensemble des associés peuvent être essentiellement réputés faire partie des statuts de la société, en formant le complément nécessaire et indispensable des statuts et ils sont de la sorte opposables aux tiers, notamment aux cessionnaires de droits sociaux, qui ne pourraient pas les ignorer et ne peuvent pas par conséquent invoquer un caractère *res inter alios acta* de ces pactes pour être affranchis de leurs effets ; si de tels pactes attribuent des droits individuels aux associés, des délibérations sociales allant à leur encontre sont réputées des augmentations des engagements des associés, devant impérativement se fonder sur une décision unanime

---

augmentation de capital lors d'une assemblée dont le juge demande la convocation), CA Versailles 14 octobre 2004, Rev. sociétés, 472, obs. I. Urbain-Parléani (pacte de sortie conjointe ou commune). Sur l'exécution forcée des engagements de faire en droit français et les réticences l'entourant pour ce qui concerne le respect de la liberté de la personne du débiteur, v. Ph. Malaurie - L. Aynès « Les obligations », n° 1018.

<sup>1775</sup> P. Mousseron, *op. cit.*, n° 64.

<sup>1776</sup> Sur l'utilisation des clauses pénales comme moyen de renforcement de la pression pour l'exécution d'un pacte extrastatutaire, v. S. Schiller, *op. cit.*, n° 170. La clause pénale - comme d'ailleurs l'astreinte conventionnelle - est toutefois d'ordre public soumise au pouvoir modérateur du juge, s'il s'agit d'une clause manifestement excessive ou dérisoire (art. 1152 C. civ.). V. aussi S. Schiller *ibid* sur la possibilité d'insertion dans le pacte extrastatutaire d'une clause de dédit, selon laquelle chacune des parties peut se libérer de ses obligations contractuelles moyennant une indemnité, clause qui semble échapper à l'art. 1152 C. civ. car n'étant pas liée à l'inexécution du contrat et à l'intérêt du créancier. Sur la possibilité d'insertion d'une clause résolutoire au pacte entre associés emportant résolution de plein droit du pacte, en cas d'inexécution, par dérogation à la solution de principe du droit français de la résolution judiciaire (art. C.civ.) et plus généralement sur les clauses d'impasse organisant la résolution du pacte, v. S. Schiller, *op. cit.* n° 171. Sur l'utilisation de la convention de séquestre comme technique de bonne exécution du pacte, v. S. Schiller, *op. cit.*, n° 173.

<sup>1777</sup> V. pour un tel exemple P. Mousseron *op. cit.* no 585 et supra sur la question de la licéité des clauses d'exclusion.

d'eux, selon le principe d'ordre public sociétaire exprimé par l'art. 1836 al. 2 C.civ.<sup>1778</sup>. En plus, même en dehors de ces cas exceptionnels de pactes faisant essentiellement partie des statuts, la doctrine et la jurisprudence françaises, tout en affirmant que la violation d'un pacte entre associés n'est pas en elle-même une cause de nullité d'une délibération sociale, tendent à accepter que la délibération sociale prise par l'associé majoritaire en violation d'un pacte extrastatutaire le liant au minoritaire peut être nulle sur le fondement de l'abus de majorité, si les éléments nécessaires de ce dernier sont établis, notamment l'intention du majoritaire de nuire à l'actionnaire cocontractant du pacte mais aussi l'opposition de la décision à l'intérêt social ; pourtant, doit être réputé exclu le contrôle par le moyen de l'abus de majorité de la validité de la décision de l'assemblée de révoquer un administrateur même en violation d'un pacte d'actionnaires et la prononciation éventuelle de sa nullité, le droit de révocation ad nutum étant réputé en droit français discrétionnaire (d'ailleurs les clauses des pactes d'actionnaires restreignant la révocabilité ad nutum des administrateurs ne sont pas réputées valables en droit français –v. supra)<sup>1779</sup>. Il s'agit en tout cas d'une évolution allant dans le sens d'une certaine « osmose » entre le sociétaire et l'extrasociétaire (v. ci-dessus), avec reconnaissance du rôle des pactes entre associés dans la vie des sociétés et un effort de leur reconnaître une efficacité juridique plus importante. Une mention spéciale doit être faite à la question très importante des conditions et limites de l'effectivité des pactes entre actionnaires dans les sociétés cotées pour le droit français. Ainsi, comme nous avons suggéré ci-dessus, le droit français impose une obligation de transmission à l'AMF et à la société dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé de toute clause d'une convention prévoyant des conditions préférentielles de cession ou d'acquisition des actions en cause, si le pacte porte au moins à un pourcentage de 0,5 pour cent du capital ou des droits de vote de cette société, dans un délai de cinq jours dès sa signature, sous peine de suspension de ses effets et de libération des parties de leurs engagements

---

<sup>1778</sup> V. ainsi Y. Guyon op. cit. no 201, 1<sup>ère</sup> Ch. Civ. C.cass. 15 nov. 1995, RTD civ. 1995, p. 364, note J. Mestre, Ch.com. C.cass. 13 févr. 1996 Rev. Soc. 1996 781, note J.-J. Daigre.

<sup>1779</sup> M. Cozian-A. Viandier-FI. Deboissy no 722, B. Dondero « Le pacte d'actionnaires : le contrat dans la société », Journ. soc. avr. 2008, p. 42 suiv., CA Paris 2 juillet 2002, Bull. Joly soc., précité ; dans cette affaire, la majoritaire d'une SA avait fait révoquer le minoritaire (son mari...) et fait entrer dans le conseil d'administration, en violation du pacte le liant au minoritaire animateur de la société, des personnes en opposition avec ce dernier et de compétences incertaines, avec une intention de lui nuire. Ce n'est pas donc la violation du pacte lui-même qui a seule établi l'abus de majorité, mais la violation du pacte a été prise en compte avec l'ensemble des circonstances, notamment la qualité de l'administrateur révoqué comme animateur principal de la société, les qualités douteuses des nouveaux administrateurs et la volonté de la majoritaire de maintenir un contrôle de fait de la société malgré sa mise en curatelle, qui ont permis d'établir les éléments caractéristiques de l'abus de majorité. En tout cas, la révocation du minoritaire a été jugée valable comme relevant du droit de l'assemblée de révoquer ad nutum les administrateurs, mais les comportements de la majoritaire ont été sanctionnés par sa condamnation à payer des dommages-intérêts au minoritaire pour son préjudice parce qu'il a été écarté de la direction de la société .

en cas d'offre publique d'acquisition des titres de la société (L233-11 C.com.). Il s'agit d'une obligation d'ordre public économique du marché financier, visant à servir le principe de transparence de ce marché, car l'AMF a l'obligation de communiquer les pactes lui ayant été transmis au marché, cette transparence prenant le pas sur la confidentialité des relations entre particuliers mais aussi sur leur liberté contractuelle ; ce dernier aspect est particulièrement clair avec la sanction de la neutralisation en cas d'offre publique des effets des pactes en cause s'il y a eu omission des obligations de transparence les concernant. En plus, si un pacte extrastatutaire est le fondement d'une action de concert entre deux actionnaires et il y a franchissement des seuils critiques d'acquisition de pourcentages d'actions prévus par la loi, il y a obligation des concertistes d'informer la société de ce franchissement pour que cette dernière informe à son tour l'AMF qui va porter le franchissement à la connaissance du public, avec en plus éventuellement déclenchement de l'obligation des concertistes de déposer une offre publique obligatoire à 100 pour cent (v. supra, Partie I sur ce régime et les sanctions). La détention des actions ou de droits de vote d'une société cotée par une personne soit à titre d'un dépôt auprès de cette personne par les actionnaires, soit sur fondement de procuration par les actionnaires – des procédés qui sont utilisés dans certains cas comme moyens d'exécution de pactes entre actionnaires – est aussi prise en compte par la loi française pour le franchissement des seuils critiques pouvant déclencher des obligations d'information ou même de dépôt d'une offre publique, si le détenteur peut exercer librement les droits de vote en absence d'instructions spécifiques des actionnaires (art. L233-9 C.com., L433 C.mon. fin.). Le droit français, à la suite de la transposition de la directive communautaire sur les offres publiques, prévoit aussi que les statuts d'une société dont les actions sont admises sur un marché réglementé peuvent stipuler que les effets de toute clause d'une convention conclue après le 21 avril 2004 et imposant des restrictions à la cession de ces actions sont inopposables en cas d'offre publique à l'auteur de l'offre ; les statuts peuvent aussi prévoir la suspension en cas d'offre publique des effets de toute clause d'une convention introduisant des restrictions au droit de vote et conclue après la même date (ainsi que de toute clause statutaire imposant de telles restrictions), suspension qui concerne les assemblées dans lesquelles se pose la question de l'autorisation de mesures pouvant faire échouer l'offre, mais aussi la première assemblée après la clôture de l'offre, si l'offrant ou les personnes agissant de concert avec lui ont obtenu le contrôle de plus de la moitié du capital ou des droits de vote, sans toutefois avoir obtenu un contrôle leur permettant la modification des statuts (L233-35, L233-36, L233-37, L233-38 C.com., 231-55 Règl. gén. AMF). Il s'agit de dispositions inspirées du droit communautaire, visant la première et la troisième à faciliter l'offre publique et son résultat, la

seconde à permettre aux actionnaires de décider librement quant à l'adoption de mesures de défense anti-OPA durant l'offre, la neutralisation des effets de ces pactes constituant une restriction certaine du domaine de l'autonomie privée justifiée par l'intérêt du marché, avec cette particularité que la loi confie l'introduction ou non de ces restrictions à un autre acte de droit privé réputé de nature contractuelle, à savoir les statuts de la société cotée ; il est d'autre part vrai que les stipulations en cause sont introduites dans les statuts par le biais de modifications constituant des actes de droit des sociétés, non du droit des contrats (selon les quorums et majorités exigés par la loi et non à l'unanimité). On peut en tout cas parler de restrictions de la liberté contractuelle d'ordre privé économique (les statuts) sur habilitation de l'ordre public économique des marchés financiers, restrictions qui sont aussi une reconnaissance implicite du caractère institutionnelle des sociétés dont les actions sont admises sur un marché réglementé.

En droit grec, la doctrine et la jurisprudence partagent avec celles françaises l'adoption du principe que l'inexécution ou violation d'un pacte licite entre associés - notamment entre actionnaires - relèvent du droit des contrats, avec comme conséquence que la partie fautive est contractuellement responsable de payer des dommages-intérêts<sup>1780</sup>. L'effet relatif des conventions, combiné avec la séparation des sphères sociétaire et extrasociétaire, immunise en plus en principe, comme en droit français, des actes des organes sociaux effectués en violation d'un pacte entre actionnaires (la loi grecque prévoit en plus expressément depuis 2010 pour les sociétés cotées que le vote dans l'assemblée par le représentant à l'encontre des instructions du représenté n'est pas une cause de nullité de la décision même si le vote était décisive pour la prise de la décision –art. 28 a par. 2 L2190/1920 -, en reaffirmant la séparation entre sociétaire et extrasociétaire). Selon toujours l'effet relatif des conventions, le contrat conclu par l'une des parties avec un tiers en violation du pacte entre associés, notamment un pacte imposant des restrictions à la cession des droits sociaux, doit être réputé valable (v. ainsi art. 177 AK, selon lequel un acte juridique qui restreint le pouvoir de disposition d'un droit aliénable a seulement d'effets entre ses parties et n'a pas d'effet sur la validité de l'acte de disposition le violant, sauf si la loi en dispose autrement) ; la partie du pacte trompée peut toutefois se tourner contre le tiers, non sur le fondement de la théorie de la fraude ou de l'opposabilité, comme en droit français, mais sur celui de la théorie de l'atteinte intentionnelle aux bonnes mœurs comme cas particulier d'établissement de la responsabilité délictuelle, si bien sûr ses conditions sont

---

<sup>1780</sup> M.-Th. Marinos, *op. cit.*, p. 232.

remplies (art. 919 AK- v. supra)<sup>1781</sup>. La doctrine et la jurisprudence dominantes refusent d'ailleurs d'admettre la possibilité d'une exécution forcée d'une convention de vote, sur les fondements de la séparation des sphères sociétaire et extrasociétaire et de la liberté de l'actionnaire dans la prise des décisions sociétaires, mais dans d'autres cas de pactes l'exécution en nature est possible<sup>1782</sup>. Comme en droit français, les parties d'un pacte extrastatutaire ont ainsi tout intérêt d'introduire soit des techniques « fiduciaires » d'exécution de leur pacte (v. supra), soit des clauses pénales à la charge de la partie qui violerait le pacte<sup>1783</sup>. Malgré ces solutions de principe, la question s'est posée dans la

---

<sup>1781</sup> Sur la licéité de la cession d'actions en violation des termes d'un pacte extrastatutaire, v. L. Kotsiris, « AE coopérative-réstrictions dans la cession d'actions », consultation précitée, M.-Th. Marinos, *op. cit.* p. 230. D'ailleurs, selon l'art. 177 AK - disposition de droit commun - un acte juridique qui restreint le pouvoir de disposition d'un droit qui est à la disposition de son titulaire a seulement un effet *inter partes* et n'a pas d'influence sur la validité de l'acte de disposition, sauf si la loi dispose autrement. Selon l'art. 919 AK est engagée la responsabilité délictuelle de la personne qui, intentionnellement et contre les bonnes mœurs, a provoqué un dommage à un autre. Cet article est utilisé contre le tiers qui, en connaissance de cause et avec intention de nuire, a coopéré par le biais d'un contrat à la violation d'une obligation contractuelle d'une autre personne. Sur l'art. 919, v. A. Georgiadis « Droit des obligations. Partie Générale », p. 617 suiv. et plus particulièrement pour son application dans le cas des pactes entre actionnaires M.-Th. Marinos, *op. cit.*, p. 233 (l'auteur souligne toutefois la difficulté pour la victime de la violation de se tourner contre le tiers, notamment pour ce qui concerne la détermination de son dommage). Il est à noter que l'art. 919 AK ne peut fonder la nullité du contrat par le biais duquel est violée une obligation à l'égard d'une personne autre que les cocontractants.

<sup>1782</sup> Le droit grec prévoit comme modalités d'exécution forcée en nature des obligations de faire soit l'exécution par le créancier aux dépenses du débiteur (si l'acte peut être effectué par une personne autre que le débiteur - 945 KPolD - Code de procédure civile grec) soit la condamnation du débiteur par le juge d'exécuter son obligation de faire sous menace d'astreinte si l'acte ne peut être effectué que par le débiteur (cette menace pouvant aussi être prononcée pour le cas d'inexécution d'une obligation de ne pas faire, p. ex. de s'abstenir - art. 946, 947 KPolD), soit la condamnation du débiteur en justice à déclaration de volonté, condamnation qui se substitue à la manifestation de la volonté du débiteur une fois l'arrêt acquérant la force de la chose jugée (pour les cas dans lesquels l'obligation du débiteur consiste à la réalisation d'un acte juridique - 949 KPolD). L'opinion dominante refuse l'exécution forcée de la convention de vote notamment par le biais de la condamnation à une déclaration de volonté de son débiteur sur le fondement de la séparation des sphères sociétaire et extrasociétaire et sur la liberté du vote au sein de l'AE - v. V. Antonopoulos, manuel précité, p. 34, Pol. Pr. (TGI) Athènes 569/2007, Chr.I.D. p. 549, obs. M.-Th. Marinos. Pour une critique de cette opinion dominante, v. M.-Th. Marinos, *op. cit.* p. 233 suiv. et p. 240 sur la possibilité - d'importance critique - de recours à la procédure du référé. V. aussi l'opinion contraire à la doctrine dominante d'E. Perakis, thèse précitée, p. 197 suiv., avec examen détaillée des moyens d'exécution offerts pour les conventions de vote en droit grec. Sur la possibilité - allant de soi - d'exécution en nature dans le cas des pactes concernant la cession des actions v. M.-Th. Marinos, *op. cit.*, p. 232. Il est aussi à noter que l'inexécution de ses obligations par une des parties d'un pacte entre actionnaires qualifié de société civile peut avoir comme effet l'exclusion de la partie manquant à ses obligations, soit sur le fondement statutaire, soit sur celui de l'art. 771 AK.

<sup>1783</sup> Sur l'utilisation des clauses pénales comme moyen de pression pour l'exécution des pactes v. E. Perakis, thèse précitée, p. 196 suiv. (pour les conventions de vote), M.-Th. Marinos, *op. cit.*, p. 58. La clause pénale est en droit grec indépendante de l'existence ou de la hauteur du

jurisprudence et la doctrine de l'impact sur le fonctionnement du mécanisme sociétaire d'une convention extrasociétaire conclue entre tous les actionnaires<sup>1784</sup>. Selon une opinion qui semble dominante dans la doctrine et qui a été adoptée par une partie de la jurisprudence, les conventions extrastatutaires avec participation de l'ensemble des actionnaires viennent relativiser la séparation des sphères organisationnelle et purement contractuelle, notamment dans les « petites » AE fermées, au point de pouvoir désormais parler dans ce cas de figure même d'unité des statuts et des pactes extrastatutaires<sup>1785</sup>. La conséquence de ce point de vue est qu'une délibération sociale adoptée par l'actionnaire majoritaire en violation d'un tel pacte entre tous les actionnaires souffrirait d'illicéité. Le fondement de cette illicéité pourrait être, comme en droit français, soit la considération que le pacte entre l'ensemble des actionnaires fait essentiellement partie des statuts, en engageant ainsi la société et ses organes, non seulement ses signataires, soit la théorie de l'abus de droit (281 AK - v. supra, Partie I, sur la conception grecque sur l'abus de droit et sa relation avec celle française), le majoritaire violant le pacte avec son vote étant vu exactement comme agissant de façon abusive, et la décision en résultant doit par conséquent être réputée annulable (v. supra sur la sanction des décisions sociales constituant abus de droit après la réforme de 2007)<sup>1786</sup>. La question en cause a attiré l'attention notamment à l'occasion du montage que nous avons présenté supra dans l'unité concernant les efforts de construction de sociétés anonymes atypiques par l'utilisation de clauses statutaires et produit à l'occasion de la cession d'un bloc de contrôle dans une société grecque à une société multinationale française ; la cession était accompagnée d'un engagement contractuel du cessionnaire de maintenir la cédante désormais minoritaire au

---

dommage du créancier, mais elle peut être, comme en droit français, diminuée par le juge si elle est disproportionnellement élevée (art. 409 AK, disposition d'ordre public). Condition de l'activation de la clause pénale est la faute du débiteur quant à l'inexécution, la faute étant présumée, avec toutefois possibilité de preuve du contraire. En plus, les parties peuvent librement convenir que l'activation de la clause pénale ne suppose pas la faute du débiteur. V. sur la clause pénale Ap. Georgiadis « Droit des obligations. Partie Générale », p. 211 suiv. La hauteur de la clause pénale est d'autre part un facteur pris en compte pour l'appréciation de l'opposition ou non de la convention aux bonnes mœurs pour engagement excessif (v. supra).

<sup>1784</sup> V. sur le débat M.-Th. Marinos, *op. cit.*, p. 113 suiv., avec références à la jurisprudence et doctrines allemandes et autrichiennes.

<sup>1785</sup> Ainsi L. Kotsiris, étude-consultation précitée, E.Emp.D. 2006, p. 239, N. Rokas, manuel précité p. 260, E. Perakis, *Episk.E.D.* 2008, p. 317 suiv., spéc. p. 322, G. Michalopoulos « De la rigueur des statuts... », article précité, (ce dernier auteur plus réservé), *Pol. Prot.* 5723/2006, arrêt précité, adoptant le point de vue que le pacte conclu entre l'ensemble des actionnaires engage aussi la société elle-même, en devenant texte essentiel qui complète et interprète les statuts de la société. Pour une vive critique de ce point de vue v. M.-Th. Marinos, *op.cit.* p. 127-149, insistant sur la séparation des sphères sociétaire et extrasociétaire et refusant d'assimiler la société à l'ensemble des associés et les actes sociétaires aux accords de ces derniers.

<sup>1786</sup> V. N. Rokas p. 227, M.-Th. Marinos, p.113-114.

poste du conseiller dirigeant de la société, les deux actionnaires étant d'ailleurs désormais les seuls dans la société ; est survenue pourtant une rupture entre les parties suivie par la mise en place d'un montage au sens opposé par le cessionnaire visant à neutraliser les clauses statutaires qui, introduites en exécution du pacte entre les actionnaires, tendaient à garantir la position de la minoritaire à la direction de la société (v. supra sur les clauses plus particulières de ce pacte et la question de leur licéité). Les juges du fond, ayant à juger sur la tentative de fraude aux clauses statutaires en cause qu'invoquait la minoritaire, se sont montrés favorables aux arguments pour l'extension des effets du pacte extrastatutaire entre actionnaires dans la sphère sociétaire afin de comprendre la portée réelle de ces clauses statutaires et des agissements du majoritaire ; le résultat en était l'annulation des délibérations sociales qui tendaient finalement à la révocation du conseiller dirigeant (révocation par l'assemblée du conseil d'administration et élection d'un nouveau conseil combinées avec la nomination par le nouveau conseil de plusieurs personnes avec pouvoir de représenter la société) comme abusives parce que par elles était réalisée la violation du pacte entre actionnaires prévoyant le maintien de la minoritaire au poste de conseiller dirigeant unique<sup>1787</sup>. Mais Areios Pagos –la Cour de cassation grecque- a finalement insisté à l'occasion de ce litige sur la séparation absolue entre sphère sociétaire et sphère extrasociétaire, en refusant d'invalider comme constituant abus de majorité les décisions de l'assemblée générale de révoquer le conseil en place et d'élire un nouveau adoptées à la majorité en violation du pacte extrasociétaire même conclu entre tous les actionnaires. Le fondement de la solution de la Haute juridiction a été que le pacte entre actionnaires a effet seulement entre ses parties et non d'effets de droit des sociétés ; la Haute juridiction a précisé que la violation d'un tel pacte par le majoritaire par le moyen d'actes du droit des sociétés peut seulement fonder éventuellement un droit du minoritaire à des dommages-intérêts (a été toutefois entérinée par la Haute Juridiction la prononciation de la nullité des décisions du nouveau conseil de confier à plusieurs personnes la représentation de la société en affaiblissant ainsi la position de la minoritaire, parce que ces décisions violaient la répartition statutaire des pouvoirs prévoyant un conseiller dirigeant unique –v. supra)<sup>1788</sup>.

---

<sup>1787</sup> V. les arrêts précité 573/2006 du Pol. Prot. (TGI ) d'Athènes et d'Epheteio (CA) Athènes 7119/2004, ainsi que les consultations précitées sur cette affaire des Professeurs V. Antonopoulos, L. Kotsiris et N. Rokas.

<sup>1788</sup> Ainsi - même sur un fondement plutôt axiomatique – l'arrêt précité d'Areios Pagos 1121/2006, et dans le même sens 1631/2006, Bull. des AE et EPE 2007, p. 392. V. aussi M.-Th. Marinos, monographie précitée, p. 123 suiv. Selon le premier de ces arrêts « le ... pacte entre tous les actionnaires a des effets entre les cocontractants, sans développer des effets de droit des sociétés et sans engager la ... société anonyme qui n'y était pas partie ». Par conséquent, la délibération sociale adoptée par le vote des majoritaires en violation d'un pacte extrastatutaire entre tous les actionnaires ne peut pas être mise en cause sur ce fondement. La Haute juridiction a pourtant jugé que la



Les solutions actuelles de la jurisprudence d'Areios Pagos en matière des effets sociétaires des pactes entre actionnaires sont ainsi dans leur formulation plus tranchées que les tendances dominantes en droit français (v. supra), en excluant l'influence des pactes extrastatutaires dans le contrôle de licéité des décisions sociétaires ; pourtant, on ne doit pas d'autre part oublier que l'affaire en cause concernait un pacte de restriction de la libre révocabilité des administrateurs, et de tels pactes ne sont pas réputés valables en droit français, comme d'ailleurs n'est pas susceptible en droit français d'annulation pour abus de majorité la décision de l'assemblée de révoquer le conseil. Pour porter une appréciation sur ces questions, nous croyons que la séparation des sphères sociétaire et extrasociétaire exclut la prise en compte directe des pactes extrasociétaires, même ceux conclus entre tous les actionnaires, dans l'appréciation de la licéité des actes des organes sociaux comme s'il s'agissait de clauses statutaires, parce que le choix de l'extrastatutaire signifie choix pour l'effet relatif et extrasociétaire. Est possible d'autre part, nous croyons, la prise en compte de ces pactes pour l'appréciation d'un abus de droit éventuel de la part du majoritaire dans la prise d'une décision sociétaire en violation des engagements découlant des pactes en cause ; pourtant, toute violation d'un pacte extrasociétaire par le biais de l'adoption par le majoritaire d'une décision en assemblée n'est pas ipso facto constitutive d'abus de droit, à savoir manifestement contraire aux bonnes mœurs, à la bonne foi et à la finalité économique et sociale du droit exercé (art. 281 AK –v. supra), car la décision en cause peut être justifiée par l'intérêt social ou du moins par un point de vue légitime du majoritaire sur ce qui sert l'intérêt social, et une appréciation in concreto doit être effectuée dans chaque espèce (v. d'ailleurs supra sur les limites de licéité de tels pactes, notamment pour ce qui concerne la révocation des dirigeants). C'est ainsi que pour ce qui concerne le montage et le litige présentés ci-dessus, il ne nous semble pas que le seul fait de la décision du majoritaire de révoquer la minoritaire du poste de conseiller dirigeant en violation de leur pacte soit suffisant pour caractériser l'abus dans l'exercice du droit sociétaire du majoritaire de révoquer en assemblée ad nutum le conseil d'administration, même si l'on accepte la

---

nomination des deux autres personnes pour partager le rôle du dirigeant n'était pas valable car elle était contraire à la prévision statutaire que tous les pouvoirs du conseil d'administration sauf celles pour lesquelles la loi impose une action collective devaient être attribués au conseiller dirigeant, et a de la sorte protégé le minoritaire sur le fondement des clauses statutaires introduites sur prévision du pacte entre actionnaires. Une minorité de juges a exprimé toutefois l'opinion que la délibération sociale en cause était constitutive d'un abus de droit (art. 281 AK), car l'actionnaire majoritaire a recherché, sous le couvert de la délibération de l'assemblée qu'elle contrôlait absolument, de vider de sens les droits du minoritaire découlant du pacte extrastatutaire entre eux. Dans la même ligne de séparation entre le sociétaire et l'extrasociétaire Pol. Prot. (TGI) Athènes 569/2007, EEmpD 2008, p. 76, obs. N. Vervessos V. sur l'ensemble de la question G. Michalopoulos « De la rigueur statutaire... », article précité, p. 159 suiv..

validité de ce pacte de non révocation<sup>1789</sup>. Pour ce qui concerne les pactes dans les sociétés cotées, il est à noter que le droit grec contient comme conséquence de l'harmonisation communautaire en matière d'offres publiques des dispositions similaires à celles du droit français octroyant à l'assemblée statutaire d'une société cotée le pouvoir de prévoir ex ante la suspension durant l'offre publique des effets des pactes entre actionnaires restreignant la cession des actions, ainsi que des effets des conventions entre actionnaires restreignant le droit de vote pour ce qui concerne l'assemblée allant décider sur la prise de mesures défensives par la société, mais aussi celle convoquée après la clôture de l'offre et ayant comme objet la modification des statuts ou la révocation des dirigeants, dans ce dernier cas pour le droit grec si l'initiateur de l'offre contrôle les 75 pour cent des droits de vote de la société (cf supra avec le pourcentage exigé pour ce dernier cas en droit français- art. 17 L3461/2006 ; le dispositif en cause concerne aussi selon la loi grecque les restrictions statutaires aux cessions des actions – mais de telles restrictions ne semblent pas licites en droit grec pour les sociétés cotées –v. supra-, les restrictions à de telles cessions résultant d'accords entre la société et les actionnaires, les restrictions statutaires aux droits de vote, de telles restrictions résultant de conventions entre la société et les actionnaires –mais les conventions de vote entre société et actionnaires ne semblent pas licites en droit grec (v. supra), ainsi que le droit statutaire d'un actionnaire de nommer et révoquer selon l'art. 18 L2190/1920 un nombre d'administrateurs –v. supra). Comme nous avons souligné ci-dessus à l'occasion de la présentation de ce dispositif en droit français, il s'agit d'une sorte d'ordre privé économique imposant des restrictions à l'autonomie privée sur autorisation de l'ordre public économique des marchés financiers et dans l'intérêt de ces derniers, avec reconnaissance aussi d'un rôle institutionnel aux sociétés cotées. Pourtant, particularité intéressante du droit grec, l'art 17 par. 5 L3461/2006 prévoit que les titulaires des droits touchés par une telle décision de la société ont un droit d'indemnisation, effort manifeste du droit grec d'obtenir un équilibre d'intérêts en la matière. D'autre part, le droit grec ne prévoit pas, à la différence du droit français, une obligation des actionnaires de faire connaître à la société et à l'autorité du marché leurs pactes portant sur la libre cession des actions

---

<sup>1789</sup> Pour relever l'abus dans la révocation, les juges du fond semblent s'être appuyés beaucoup sur la bonne marche générale de la société. Pourtant, au moins une opération importante de la société effectuée à l'initiative du conseiller dirigeant avait échoué, et la relation de confiance entre les parties du pacte avait été rompue ; d'ailleurs, selon du moins les faits présentés par la majoritaire, des divergences de point de vue quant à la marche de la société avait surgi entre les actionnaires, des divergences que des négociations entre les parties ayant duré plusieurs mois n'ont pu réconcilier. Nous voyons de la sorte que le contrôle judiciaire de l'abus d'une décision de révocation pour violation d'un pacte entre actionnaires est une opération périlleuse, parce qu'il est très difficile d'apprécier où commence l'abus quand il y a une rupture d'une relation de confiance entre actionnaires parties du pacte.

admises aux négociations d'un marché réglementé sous peine de neutralisation de leurs effets en cas d'offre publique d'acquisition sur la société. Il prévoit pourtant une obligation de la société dont les actions sont admises aux négociations à un marché réglementé de publier dans son rapport annuel les conventions entre ses actionnaires qui restreignent la libre négociabilité de ses actions ou restreignent le libre exercice du droit de vote (art. 4 par. 7 cas στ -6- L3356/2007) et qui sont parvenues à sa connaissance ; mais il s'agit d'une obligation pesant sur la société cotée qui n'a pas d'impact sur l'effets des pactes en cause. Toutefois, comme en droit français, si le pacte d'actionnaires est constitutif d'une action de concert et il y a franchissement par les concertistes des seuils critiques prévus par la loi, il y a déclenchement des obligations d'information des concertistes et éventuellement de leur obligation de déposer une offre publique obligatoire (v. Partie I). En plus, à la suite de l'harmonisation communautaire, comme en droit français, la détention par un tiers des actions sur un fondement de dépôt avec pouvoir de voter ou à titre de procuration, souvent des procédés d'exécution de pactes extrastatutaires, sont pris en compte pour le franchissement des seuils critiques déclenchant des obligations d'information (art. 10 L3556/2010) ou même de dépôt d'une offre publique (art. 7 L3461/2006, cet article se référant plus généralement à des conventions étant la cause de détention des droits de vote), si le titulaire des pouvoirs de vote sur le fondement d'une convention peut les exercer à sa discrétion. Il est aussi à noter que les pactes entre l'Etat grec et les investisseurs stratégiques étrangers dans le cadre d'entreprises grecques d'économie mixte particulièrement importantes (v. supra), des pactes ratifiés par des lois spéciales grecques, prévoient d'une façon exhaustive les conséquences de leur violation par l'une des parties, la résolution des litiges en découlant étant en plus confiée d'abord à la médiation et ensuite, en cas d'échec, à l'arbitrage international, à l'exclusion des tribunaux grecs<sup>1790</sup>.

### **Les actes sociétaires adoptés en exécution d'un pacte entre associés illicite**

La question des actes sociétaires adoptés en exécution d'un pacte entre associés illicite concerne bien sûr les conséquences de conventions de vote illicites que la partie « engagée » a pourtant respectées en votant selon la convention de vote irrégulière, de sorte que le résultat recherché est obtenu par la prise d'une décision sociale telle que voulue par les parties. Bien sûr, la question trouve facilement sa réponse si la décision adoptée est elle-même directement illicite comme contraire à la loi ou constitutive d'abus de droit, résultat auquel visait la convention de vote illicite. La question est plus difficile dans les cas où la

<sup>1790</sup>

V. N. Bassayannis, monographie précitée, p. 94 suiv., 101 suiv.

convention de vote est indéniablement illicite, mais le vote a été donné pour une décision qu'elle-même n'est pas - manifestement au moins - illicite comme contraire à la loi, aux statuts, à l'intérêt social ou aux bonnes mœurs du droit grec. On peut imaginer de tels cas de figure comme conséquence de la vente de son vote par un actionnaire ou de la soumission de l'associé à la décision d'un syndicat de blocage illicite ou, pour le droit grec, plus généralement de l'exécution par l'actionnaire d'un pacte restreignant excessivement sa volonté (v. supra). La doctrine française considère ainsi qu'un vote émis comme résultat d'une convention de vote illicite est lui-même irrégulier, comme une violation des dispositions impératives légales régissant le droit de vote. Ce vote irrégulier peut emporter la nullité de la délibération sociale elle-même dans les mêmes conditions qu'un vote irrégulier pour n'importe quelle autre raison peut le faire<sup>1791</sup>. La doctrine grecque semble partagée sur la même question. Un courant d'auteurs adopte le point de vue de la doctrine dominante française<sup>1792</sup>. La doctrine majoritaire adopte toutefois un point de vue plus strictement conforme au principe de séparation des sphères sociétaire et extrasociétaire, en refusant d'admettre une influence de la sphère du droit des contrats et de la convention de vote sur la sphère sociétaire, les défauts du vote devant être jugés selon ce point de vue exclusivement selon les critères du droit des sociétés<sup>1793</sup>. Plus particulièrement sur la question du vote donné dans l'assemblée dans le cadre d'une fraude à une clause statutaire d'agrément (il peut s'agir, comme nous avons vu ci-dessus, de votes donnés soit sur fondement d'une procuration, soit en exécution d'une convention de vote, pourvu que le résultat de ces actes juridiques puisse in concreto être assimilée à la cession d'actions, sans exigence d'intention frauduleuse, à la différence de la conception française sur la fraude), certains auteurs acceptent que la mise en échec de la fraude passe par la nullité du vote ainsi donné, nullité emportant le cas échéant aussi la nullité de la délibération sociale elle-même, si le vote ainsi donné était nécessaire pour la prise de la décision, tandis que pour d'autres une telle nullité serait exclue, sur le fondement de l'argument de l'insécurité pouvant en résulter, de l'introduction d'un contrôle des motifs du vote et des difficultés de preuve de la fraude<sup>1794</sup>. Il nous semble que le besoin de faire face à la fraude à la clause d'agrément, introduite sur fondement d'autorisation de la loi, doit avoir la priorité

---

<sup>1791</sup> Y. Guyon, *op. cit.*, n° 291. Selon cet auteur, la nullité peut être écartée si la majorité prévue par la loi était acquise, défalcation faite des votes émis en exécution de l'engagement illicite. En tout cas, pour ce même auteur, il s'agit d'une nullité de protection que l'actionnaire ayant voté selon l'engagement illicite ne peut invoquer.

<sup>1792</sup> Ainsi S. Mousoulas, *op. cit.*, p. 100.

<sup>1793</sup> Ainsi E. Perakis, thèse précitée, p. 162 suiv., M.-Th. Marinos, *op. cit.*, p. 226-228.

<sup>1794</sup> Pour la première opinion v. G. Sotiropoulos in « Droit de la société anonyme », dir E. Perakis, t. 1, p. 433, N. Tellis « Le contournement des clauses statutaires d'agrément », article précité, pour la seconde notamment E. Perakis, *op. cit.*, p. 168.

conformément à la théorie générale de la fraude du droit grec et amener à l'acceptation de la nullité du vote donné en exécution d'une telle fraude, comme moyen nécessaire pour déjouer cette dernière, si bien sûr celui qui invoque la fraude peut dans chaque cas particulier l'établir. Plus généralement, nous croyons que le vote donné dans le cadre de l'exécution d'un pacte illicite pour opposition à l'ordre public sociétaire (notamment convention de vote privant essentiellement l'actionnaire de son droit de vote ou le privant totalement de sa liberté de vote ou lui imposant un engagement contraire à un principe d'ordre public du droit des sociétés, comme la libre révocabilité des administrateurs) doit être réputé nul, la solution contraire aboutissant à permettre le développement dans la sphère sociétaire des effets d'actes juridiques contraires à l'ordre public sociétaire. Cette solution de nullité devrait aussi être appliquée aux votes donnés par procuration pour l'exécution d'un pacte nul, bien que la procuration soit en droit commun grec un acte unilatéral abstrait (juridiquement indépendant de la validité de sa relation de base), sur le fondement de la même pensée de protection de l'effectivité de l'ordre public sociétaire.

#### **Les pactes extrastatutaires de lege ferenda**

Malgré l'évolution du droit français et du droit grec généralement favorable à l'égard des pactes extrastatutaires, des problèmes importants demeurent autour de ce phénomène juridique qui, tout en étant jugé utile, n'est pas exempt de difficultés et de dangers. Au niveau du droit communautaire, des questions se sont posées par certains auteurs pour ce qui concerne la compatibilité de certaines catégories de pactes extrastatutaires entre associés avec les libertés fondamentales communautaires de l'établissement et de circulation de capitaux (v. supra, Partie I)<sup>1795</sup>. Plus particulièrement pour ce qui concerne le droit des sociétés et ses finalités, l'acceptation du principe de licéité des pactes extrastatutaires entre associés n'a pas résolu tous les problèmes. Ainsi, les pactes extrastatutaires peuvent organiser une situation juridique autour de la société - une situation influant dans les faits sur le fonctionnement sociétaire - qui peut demeurer secrète à l'égard des tiers. Il s'agit bien sûr souvent d'un avantage pour les participants et peut-être du motif principal de leur recours aux pactes extrastatutaires au lieu des statuts. Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit de tentatives allant à l'encontre de la transparence et de la publicité voulues par le droit des sociétés par le moyen de dispositions impératives concernant notamment la publicité des statuts, dans le souci de la protection des tiers, d'autant plus si

---

<sup>1795</sup> Ainsi N. Rokas, manuel précité, p. 27.

par le biais de pactes est essentiellement mise en place un type social atypique<sup>1796</sup>. Les pactes extrastatutaires peuvent ainsi avoir un impact négatif sur la position juridique de la minorité dans la société en vidant de sens le fonctionnement des organes sociaux<sup>1797</sup>. C'est pourquoi des auteurs français et grecs ont proposé la reconnaissance explicite par la loi des pactes extrastatutaires, avec l'introduction de conditions impératives expresses pour l'acceptation de leur validité ou au moins l'introduction d'une publicité impérative comme condition pour leur efficacité<sup>1798</sup>.

## **Par. 2/ Les montages entre associés et tiers tendant à des situations juridiques atypiques**

Au-delà des conventions entre associés tendant à produire des effets juridiques atypiques et d'organiser des équilibres autour de la société, on rencontre des montages tendant à des situations juridiques atypiques mais consistant principalement à des conventions entre associés et tiers. Nous allons étudier sous cet intitulé successivement et en comparant toujours les solutions du droit français et du droit grec en la matière les conventions créant des obligations d'un associé au profit d'un tiers (A), les conventions des associés avec des tiers portant principalement sur les droits sociaux et ayant des effets réels (B), les conventions entre associé et tiers voulant devenir associé entourant la cession du contrôle d'une société (C).

### **A. Les conventions créant des obligations d'un associé au profit d'un tiers comme montages**

#### **Typologie des conventions en cause**

---

<sup>1796</sup> M.-Th. Marinos, *op. cit.*, p. 60, notamment sur les risques engendrés par les pactes auxquels participent tous les actionnaires.

<sup>1797</sup> V. A. Spyridonos (en grec), « La protection des actionnaires minoritaires face aux pactes extrasociétaires », DEE 2004, p. 641.

<sup>1798</sup> Pour la reconnaissance expresse de la validité des pactes avec introduction de conditions impératives pour leur validité et plus généralement leur réglementation (forme écrite, publicité intérieure, restrictions aux mandats donnés pour l'exécution du pacte, reconnaissance d'un droit des minoritaires de demander la nullité du pacte, prévision de dispositifs d'exécution forcée du pacte) v. A. Spyridonos, article précité, p. 650-651. Pour l'introduction du caractère ostensible d'une convention de vote comme condition de sa licéité, ce critère nouveau venant corroborer le critère plus traditionnel de la conformité de la convention à l'intérêt social, v. M. Storck « La réglementation des conventions de vote », article précité, p. 104.

Les conventions créant des obligations d'un associé - notamment d'un actionnaire - au profit d'un tiers vus comme montages peuvent être divisées en deux grandes sous-catégories. La première est celle des conventions visant à garantir au tiers une influence dans la vie intérieure de la société, au prolongement d'une autre relation juridique existant entre le tiers et la société ou l'associé. Il s'agit surtout de relations juridiques de financement, notamment de la société, par le biais de prêts, suivies par des conventions de vote entre le prêteur et l'associé principal obligeant ce dernier à voter dans certaines questions après entente avec ou même selon les instructions du prêteur de la société, ou de voter ou ne pas voter certaines délibérations<sup>1799</sup>. L'associé peut ainsi notamment prendre l'engagement à l'égard du prêteur de ne pas voter une distribution de dividendes pour une certaine période, afin que la situation financière de la société soit consolidée<sup>1800</sup>. Il peut aussi prendre l'engagement de voter pour une augmentation de capital social mais aussi de participer à l'augmentation une fois cette dernière décidée<sup>1801</sup>. On peut aussi imaginer des pactes visant à stabiliser la constitution de l'actionnariat au profit du tiers finançant la société ou octroyant à la société l'exploitation d'un droit (notamment dans le cadre d'un contrat de franchisage)<sup>1802</sup>. Dans tous ces cas de figure, il s'agit de montages, d'une part parce que les conventions entre l'associé et le tiers sont conclues au prolongement d'une autre relation principale et pour la garantir, d'autre part parce qu'elles créent une situation atypique par rapport aux effets normaux de l'application de l'ordre public sociétaire. Ce dernier est fondé sur une conception de l'associé comme libre et égal aux autres associés, tous participant sur un pied d'égalité (même proportionnelle) à une communauté de résultats, de risques et de pouvoir dans la société ; l'immixtion même indirecte d'un tiers par le biais de ces pactes créant à son profit des obligations à la charge de l'un des associés est une situation atypique par rapport aux « hypothèses de travail » du droit des sociétés et de son ordre public, notamment si de la sorte le tiers acquiert un pouvoir indirect mais certain au sein de la société. Bien sûr, le pacte d'un associé avec un tiers peut avoir des effets au-delà du champ du droit des sociétés au sens strict. Le pacte en cause - notamment la convention de vote - peut ainsi être un moyen d'organisation d'une entente - avec un intérêt évident pour l'ordre public économique de la concurrence - ou de concentration - dans ce dernier cas le pacte de l'actionnaire ou associé avec le tiers intéressent aussi bien le droit des sociétés

---

<sup>1799</sup> S. Schiller, op. cit., n° 120, M.-Th. Marinos, op. cit., p.54.

<sup>1800</sup> S. Schiller, op. cit., n° 120.

<sup>1801</sup> S. Schiller, op. cit., n° 121.

<sup>1802</sup> Sur les pactes des associés d'une société franchisée avec le franchiseur notamment octroyant un droit d'agrément au dernier pour la cession du contrôle de la société franchisée, v. K. Torbey, thèse précitée, n° 350 suiv. Sur les conventions de vote entre les actionnaires principaux de la société gérée avec les sociétés de gestion dans le cadre d'un contrat de management, v. L. Athanassiou, article précité, p. 996.

comme modalité d'organisation du « montage structurel » qu'est le groupe de sociétés (v. infra, Titre II) que le droit de la concurrence, avec le contrôle des concentrations de ce dernier. Le pacte d'un actionnaire avec un tiers peut aussi concerner le droit des marchés financiers et son ordre public comme moyen de facilitation d'une OPA à l'égard de la société cotée allant être déclenchée par le tiers, comme c'est le cas avec les promesses de présentation des actions souscrites par des actionnaires de la société cible au profit de l'initiateur d'une offre publique imminente sur la société<sup>1803</sup>.

La seconde sous-catégorie de conventions entre associés et tiers est caractérisée par ses effets plus accentués d'intervention indirecte du tiers dans la sphère de l'associé que ceux de la première présentée ci-dessus, parce qu'elle vise essentiellement à une cession de fait - totale ou partielle - des droits de l'associé dans la société au tiers. Exemple typique de ce type de conventions connu aussi bien en droit français qu'en droit grec est la convention dite de croupier (en grec *parakoinonía*)<sup>1804</sup>. La convention de croupier est défini par la doctrine française comme la convention par laquelle l'associé ou actionnaire prend un tiers comme « associé » quant à sa part ou action ou autrement dit l'accord par lequel un associé partage avec un tiers les bénéfices et les pertes qui résultent de sa participation dans une société<sup>1805</sup>. En fait, par la convention de croupier l'associé ou actionnaire cède souvent essentiellement au tiers ses droits patrimoniaux dans la société, cette cession pouvant être permanente ou temporaire, contre rémunération ou non, tout en restant à l'égard de la société propriétaire de ses parts ou actions. Le problème de la dissociation des droits financiers et politiques de la part ou action et le risque en découlant pour le tiers « croupier » sont affrontés par le biais de conventions de vote entre l'associé et le tiers, le premier prenant l'engagement de voter dans l'intérêt du second ; la technique de l'octroi de mandat (en droit français) ou de procuration (en droit grec- il s'agit d'acte juridique unilatéral) au profit du croupier ou de personnes de sa confiance est aussi souvent utilisée pour garantir le croupier<sup>1806</sup>. La convention de croupier est le plus souvent utilisée dans les sociétés de personnes où la cession des parts d'un associé peut être difficile (exigence impérative du consentement unanime des autres associés par la cession des parts d'un associé d'une SNC française, inaccessibilité de principe - sauf prévision statutaire contraire ou consentement unanime des autres associés - de la participation sociale dans les sociétés

---

<sup>1803</sup> V. A. Viandier, « OPA-OPE... », nos 800 suiv, tout en soulignant que de telles conventions sont rares en France.

<sup>1804</sup> Sur la convention de croupier en droit français, v. P. Didier, t. 2, p. 452, S. Schiller, op. cit., nos 62 suiv., J.-Ph. Dom, thèse précitée, nos 57 suiv., Y. Guyon, op. cit., n° 269, P. Mousseron, op. cit., nos 148 suiv., I. Urbain-Parléani, « Convention de croupier et société en participation », Bull. Joly soc., p. 752 suiv. Pour le droit grec v. N. Rokas, manuel précité, p. 96.

<sup>1805</sup> S. Schiller, op. cit., n° 62, Y. Guyon, op. cit., n° 269.

<sup>1806</sup> Sur ces aspects en droit français v. S. Schiller, op. cit., n° 64.



de personnes grecques - v. supra, Partie I) ; on peut toutefois imaginer très bien son utilisation dans le cadre de sociétés anonymes avec clauses statutaires d'agrément<sup>1807</sup>. Le contrat de croupier est aussi souvent utilisé dans les sociétés de capitaux comme moyen de financement, le croupier ayant dans ce cas le plus souvent un caractère temporaire, car les associés y ayant recours ne veulent pas perdre la qualité d'associé<sup>1808</sup>. Dans cette même sous-catégorie de conventions d'associés avec des tiers, on peut aussi englober la location d'actions ou de parts sociales, technique pratiquée assez en France<sup>1809</sup>. Par la location de droits sociaux, le propriétaire offre contre rémunération au locataire la possibilité de jouir des droits qui découlent de la part ou action, notamment du droit financier, mais aussi du droit de vote<sup>1810</sup>. Le contrat de location d'actions permet ainsi au propriétaire de jouir d'une rémunération stable (un loyer) au lieu de la participation aléatoire aux bénéficiaires ; il peut aussi être utilisé comme moyen d'intéressement d'un dirigeant, mais aussi comme moyen de prise de contrôle temporaire de la société, à l'essai, combinée le plus souvent avec une promesse de vente du bloc de contrôle au profit du locataire<sup>1811</sup>. La location d'actions ou de parts sociales, tout en relevant du droit des obligations (elle ne crée pas un droit réel du locataire sur l'action) n'en opère pas moins une cession - même temporaire - des droits découlant de la part ou action à un autre que le propriétaire de ces dernières et de la sorte elle constitue un montage, en créant une situation juridique atypique dans la société. On peut aussi faire à cette place mention au contrat de prêt de droits sociaux, et plus particulièrement le prêt à usage, qui n'opère pas transfert de la propriété du titre – mais beaucoup plus intéressants sont les prêts de consommation, opérant transfert temporaire de la propriété des titres (v. infra)<sup>1812</sup>. Intéressantes mais aussi souvent douteuses sont les pratiques de dissociation de la propriété juridique et de la propriété économique sur les actions de sociétés cotées par le biais de l'utilisation de produits dérivés (put option, call option, equity swap), pratiques utilisées dans les pays anglo-saxons mais importées aussi en France et en Grèce, où elles ont récemment attiré l'intérêt de la doctrine<sup>1813</sup>. Dans le cas

---

<sup>1807</sup> S. Schiller, op. cit., n° 62.

<sup>1808</sup> S. Schiller, op. cit., n° 62 et dans la jurisprudence française T. com. Paris 2 mai 1989, JCP 1990, II 21575, note M. Marteau-Petit.

<sup>1809</sup> Sur la location d'actions ou de parts sociales en droit français, v. P. Mousseron, op. cit., nos 565 suiv., J.-Cl. Hallouin,-H. Causse,-J. Monnet « La location d'actions et des parts de SARL », LGDJ 2008.

<sup>1810</sup> P. Mousseron, op. cit., n° 565.

<sup>1811</sup> P. Mousseron, op. cit., n° 566.

<sup>1812</sup> V. sur l'intérêt restreint du prêt à usage d'actions P. Mousseron, op. cit., n° 564.

<sup>1813</sup> L. Athanassiou, étude précitée sur les actionnaires et la surveillance dans la société, p. 260 suiv., A. Kontogeorgiou « La déconnexion de l'intérêt économique du droit de vote de l'actionnaire – les stratégies du vote vide et de la participation sociale dissimulée des investisseurs », éd. Nomiki Vivliothiki 2012.

de l'option de vente acquise par un actionnaire pour une certaine période de temps à un prix déterminé en amont, cet actionnaire peut se croire garanti face au risque de détérioration de la valeur de ses actions et de la sorte devenir indifférent pour l'intérêt social dans l'exercice de son droit de vote, tandis que l'actionnaire qui vend une telle option devient plus frileux face au risque que l'actionnaire moyen ; dans le cas d'octroi d'une option d'achat par un actionnaire à un prix déterminé en amont pour une période donnée, l'actionnaire en cause perd l'intérêt pour l'augmentation de la valeur des actions (le meilleur cours des choses serait pour lui la chute du prix des actions, afin que le titulaire de l'option ne la lève pas et l'actionnaire garde le premium de l'option)<sup>1814</sup>. Dans le cas des equity swaps, le plus souvent les actions cotées sont acquises par un établissement bancaire dans le cadre d'un contrat d'échange conclu avec un tiers avec comme valeur sous-jacente les actions en cause, contrat allant être le plus souvent donner lieu à un règlement de la différence entre le prix de référence convenue et le prix boursier de l'action au terme convenu ; l'établissement bancaire acquiert les actions dans le but de couverture de son risque pour le cas d'une augmentation du prix boursier des actions au-dessus du prix de référence (en cas de réalisation de ce risque au terme du swap, il va vendre les actions sur le marché, en compensant ses pertes résultant du swap) et de la sorte il est normalement un actionnaire indifférent, avec réalisation en sa personne d'une dissociation entre pouvoir dans la société et risque, tandis que le tiers acquiert une participation indirecte dans la société, comme il va bénéficier d'une augmentation de la valeur des actions, mais aussi souvent selon les termes du pacte des dividendes distribués par la société, sauf un pourcentage retenu par l'établissement bancaire comme rémunération de son intervention (total return swap), sans avoir à payer le prix pour leur acquisition et les frais y étant liés et en échappant aux obligations de transparence normalement liées à l'acquisition d'actions sur le marché<sup>1815</sup>. Plus généralement, les contrats dérivés visant à une garantie du risque (hedging) et leurs combinaisons peuvent aboutir par plusieurs techniques à des situations atypiques de dissociation des droits politiques et du risque dans la société<sup>1816</sup>.

### **Licéité et régime juridique des conventions créant des obligations au profit d'un tiers**

---

<sup>1814</sup> L. Athanassiou, op. cit., p. 260-261.

<sup>1815</sup> L. Athanassiou, op. cit., p. 261-262, A. Kontogeorgiou, op. cit., p. 46-48, D. Avgitidis, consultation, Chr.I. D. 2009, p. 239.

<sup>1816</sup> V. ainsi L. Athanassiou, op. cit., p. 261-262, avec l'exemple du zero-cost collar rencontré dans la pratique américaine, A. Kontogeorgiou, op. cit., p. 54-55.

La doctrine française ne fait pas une distinction tranchée entre les pactes entre actionnaires ou associés et les pactes entre associés ou actionnaire d'une part et d'autre part un tiers, en englobant les derniers dans la catégorie juridique commune des pactes extrastatutaires<sup>1817</sup>. C'est pourquoi elle aborde le problème de leur licéité selon les critères développés ci-dessus pour la validité des pactes entre associés en reconnaissant leur licéité de principe, toujours avec des limites imposées par la loi impérative, les statuts et l'intérêt social. On pourrait toutefois remarquer que la conformité des pactes entre associés et des tiers à l'intérêt social aura davantage de difficultés pour être admise que dans le cas des pactes entre associés, le conflit avec l'intérêt social étant même présumé dans des cas p. ex. de convention d'un associé avec un concurrent de la société. Pareille est la situation en principe en droit grec, la doctrine ne faisant pas une distinction tranchée entre pacte d'associés et pacte des associés avec le tiers, avec comme conséquence l'application du même régime juridique de principe pour les seconds (liberté de principe avec des limites d'ordre public - v. supra)<sup>1818</sup>. Pourtant, pour une partie de la doctrine existe un critère important supplémentaire de validité pouvant avoir un impact particulier sur les conventions entre associés et tiers, celui de la conformité du pacte au principe de l'autonomie de la personne morale de la société ; de la sorte, la ou les conventions du ou des actionnaires avec le tiers ne doivent pas essentiellement transférer d'une manière globale et permanente le pouvoir en dehors de la société et au profit du tiers<sup>1819</sup>. Il est aussi à noter que dans ses relations avec ses coassociés, l'associé d'une société de personnes grecque est tenu d'une obligation de loyauté que le pacte avec un tiers ne peut pas violer, sous peine d'engagement de sa responsabilité ; pareille obligation de loyauté est désormais reconnue par la doctrine pour les actionnaires et notamment l'actionnaire de contrôle (v. supra, Partie I)<sup>1820</sup>. Plus particulièrement pour la convention de croupier, les deux droits sous comparaison sont favorables à son égard, sa licéité étant dans le passé expressément reconnue par le droit français (anc. art. 1861 C.civ.), la suppression de l'article qui faisait cette reconnaissance expresse étant réputée sans importance ; l'opinion traditionnellement dominante aussi bien en France qu'en Grèce considère ainsi que la convention de croupier est un rapport juridique qui n'interfère pas dans le rapport de l'associé avec la société et de la sorte ne se pose pas de problème de principe pour sa licéité du point de vue du droit des

---

<sup>1817</sup> S. Schiller, op. cit., n° 3.

<sup>1818</sup> M.-Th. Marinos, op. cit., p. 46, 188, 190.

<sup>1819</sup> M.-Th. Marinos, op. cit., p. 189--191 (sur les conséquences pratiques de ce principe en matière de conventions des actionnaires avec un tiers).

<sup>1820</sup> V. N. Rokas, manuel précité, p. 179, 367 suiv.

sociétés et de son ordre public<sup>1821</sup>. En tout cas, il s'agit d'un contrat avec effet relatif, et le croupier ne peut pas l'invoquer à l'égard de la société pour exercer directement à son égard des droits découlant de la qualité d'associé, comme d'ailleurs à sens inverse ni la société ni les tiers ne peuvent l'invoquer à l'égard du croupier<sup>1822</sup>. La jurisprudence française qualifie traditionnellement la convention de croupier de société en participation occulte entre les parties non prolongée d'une indivision, mais cet point de vue est contesté dans la doctrine, avec l'argument qu'il s'agit essentiellement d'un aménagement contractuel des droits et obligations financiers découlant de la participation dans la société<sup>1823</sup>. Malgré la faveur de principe en France et en Grèce, on pourrait se demander combien des conventions de croupier de cession permanente des droits pécuniaires d'un associé combinées avec l'octroi de mandats ou procurations de portée générale au cessionnaire ne soient constitutives de fraude aux restrictions légales ou statutaires de la cession des droits sociaux ou du moins à l'indivisibilité des droits sociaux découlant de l'action ; des doutes peuvent aussi se poser dans certains cas de conventions de croupier en droit français du point de vue de la prohibition des clauses léonines, si de la clause de croupier peut résulter une exonération des pertes pour l'associé<sup>1824</sup>. Pour ce qui concerne la location d'actions et parts sociales, le droit français l'a expressément reconnue en 2007, tout en la soumettant à des conditions de validité que la doctrine juge trop restrictives (L239-1 suiv. C.com.)<sup>1825</sup>. En droit grec, la licéité de principe de la location d'actions ou parts peut être fondée directement sur le principe de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle (361 AK), en combinaison avec le principe de séparation des sphères sociétaire et extrasociétaire (v. supra)<sup>1826</sup>. Pareille est la situation pour le prêt de titres, avec licéité de principe sur le fondement du principe de la liberté contractuelle, le droit français imposant toutefois dans certains cas de figure des

---

<sup>1821</sup> V. P. Didier, t. 2, p. 452, Y. Guyon, op.cit., no 269, P. Mousseron, op. cit, no 151 (avec des doutes importants), S. Schiller, op. cit., n° 62, et sans relever aucun problème de licéité de principe pour le droit grec N. Rokas, op. cit., p. 96.

<sup>1822</sup> V. pour les conséquences pratiques S. Schiller, op. cit., n° 63-64, N. Rokas, op. cit.

<sup>1823</sup> V. p. ex. pour la qualification en société en participation Ch. com. C. cass. 15 déc. 1998, Rev. soc. 1999, p. 350, note critique D. Randoux, et pour la position opposée P. Mousseron, op.cit., no 150.

<sup>1824</sup> V. ainsi P. Mousseron, op. cit., no 151 et l'arrêt précité du 15 déc. 1998 de la Chambre commerciale, qui a pourtant écarté l'existence d'une clause léonine pour une convention prévoyant la cession occulte d'un pourcentage des parts d'un associé d'une SNC à deux sociétés, ces dernières allant désormais dans leur relation avec l'associé participer aux bénéfices mais aussi contribuer aux pertes correspondant aux parts cédées, avec en plus engagement des croupiers de verser en compte courant à la société sur simple appel de l'associé apparent au prorata de leur participation les fonds nécessaires pour la réalisation de l'objet social de la SNC.

<sup>1825</sup> P. Mousseron, op. cit., n° 567. La conclusion d'une convention de location d'actions est ainsi possible seulement au bénéfice d'une personne physique et elle requiert impérativement un acte authentique ou un sous seing privé enregistré. En plus les parts ou actions louées doivent avoir été évaluées par un commissaire aux comptes au début du contrat, mais aussi à la fin de ce dernier.

<sup>1826</sup> Ainsi déjà sur la location d'actions L. Georgakopoulos, « Droit des sociétés », t. , p.

régimes spéciaux<sup>1827</sup>. Mais cette reconnaissance de principe des pactes que nous présentons ne doit pas aboutir à l'acceptation de pactes visant à la fraude des restrictions légales ou statutaires dans la cession des droits sociaux reconnues par les deux droits sous comparaison. Il est aussi à rappeler que les pactes d'un actionnaire d'une société cotée avec un tiers à la société visant à faciliter la réussite d'une offre publique de ce tiers sur la société doivent en droit français être conformes à l'ordre public économique des marchés financiers français, notamment les obligations de publicité (v. supra) et le principe de la libre concurrence des offres publiques spécifiée comme principe d'égalité des compétiteurs (v. supra, Partie I) ; un tel pacte entre l'initiateur potentiel d'une offre publique et un actionnaire avec comme objet p. ex. la présentation irrévocable des titres de ce dernier même en cas de dépôt d'une offre concurrente plus avantageuse viderait de sens le libre jeu de la concurrence entre offres publiques, avec comme résultat selon la jurisprudence française non la nullité du pacte mais l'irrécevabilité de l'offre publique que le pacte visait à servir pour atteinte aux principes mentionnés ci-dessus, les effets du pacte en cause se trouvant de la sorte neutralisés<sup>1828</sup>. En droit grec un tel pacte pourrait être réputé nul comme contraire à la disposition légale reconnaissant un droit de tout actionnaire de révoquer la présentation de ses titres en cas d'offre concurrente plus avantageuse (art. 26 par. 3 L3461/2006), droit qui doit être réputé d'ordre public. Les pactes entre associés et tiers subissent aussi le contrôle de l'ordre public économique de la concurrence - largement semblable en France et en Grèce - (v. supra, Partie I), pour ce qui concerne la lutte contre les ententes illicites mais aussi le contrôle des concentrations. La doctrine grecque s'efforce en plus de faire face au phénomène de la dissociation du risque et du pouvoir dans les sociétés cotées notamment par l'utilisation de contrats dérivés en invoquant l'obligation de loyauté de l'actionnaire et la possibilité d'annulation sur le fondement de l'abus de droit des votes contraires à l'intérêt social et par conséquent des décisions prises sur le fondement de tels votes<sup>1829</sup>.

---

<sup>1827</sup> V. P. Mousseron, op. cit., n° 564.

<sup>1828</sup> CA Paris 13 juin 1988 (Holophane), Bull. Joly 1988, concl. Y. Sexter, 13 nov. 2001, Bull. Joly Bourse 2002, p. 114, note A. Pietrancosta, RTD com. 2002, p. 127, obs. N. Rontcevsy, A. Viandier, op. cit., nos 810 suiv.

<sup>1829</sup> L. Athanassiou, op. cit., p. 269, p. 268 sur la difficulté d'appliquer à de tels contrats la prohibition du droit grec des conventions de vente du droit de vote (la doctrine anglo-saxonne tend à voir à ces contrats des cas de "vote buying" à l'envers, l'actionnaire maintenant le droit de vote tout en s'aliénant de la propriété économique de l'action en minimisant ainsi son risque en contrepartie d'une rémunération) et plus généralement p. 265-267 sur la question du « vote vide (d'intérêt économique) » de lege ferenda, (notamment sur le renforcement de la transparence et la possibilité de reconnaissance de clauses statutaires prohibant le vote en cas de dissociation entre propriété apparente des actions et risque, possibilité de prohibition de droit impératif du droit de vote en cas de telles dissociations), A. Kontogeorgiou, op. cit., p. 209 suiv..

## **B. Les pactes avec des tiers avec effet réel sur les droits sociaux comme montages**

Sous cet intitulé nous allons étudier successivement dans les deux droits sous comparaison les pactes des associés avec des tiers pouvant être qualifiés de montages utilisant d'abord les cessions temporaires des droits sociaux, ensuite celles utilisant les démembrements de propriété.

### **Les pactes opérant cession ou acquisition temporaire des droits sociaux**

Il s'agit cette fois non d'une cession de certains aspects des droits sociaux sur le fondement de contrats créant des obligations avec effet relatif entre l'associé et le tiers, mais de cessions des actions ou parts sociales au sens strict, avec effet réel, transfert de la propriété de l'associé à un tiers, qui devient de la sorte associé. Pourtant, il ne s'agit pas d'une cession simple et pleine, visant tout court au transfert de la propriété au cessionnaire, normalement à titre onéreux, mais d'une cession soumise à une finalité particulière, et de la sorte temporaire, selon la convention des parties. On rencontre d'ailleurs souvent aussi des pactes visant à l'acquisition temporaire des actions ou parts sociales par quelqu'un pour le compte d'une autre personne qui sera l'acquéreur final des droits sociaux. Le nouveau propriétaire des actions ou parts sociales a de la sorte selon la convention des parties une propriété temporaire et par conséquent « restreinte » sur ces biens selon les termes de la convention avec son cocontractant, qui normalement a vocation à devenir de nouveau actionnaire, le propriétaire temporaire pouvant aussi échapper sur le fondement la convention aux risques de la société pour le temps de sa participation. Il s'agit de la sorte d'un rapport juridique échappant aux hypothèses de base du droit des sociétés et de l'ordre public sociétaire, ce dernier visant traditionnellement à lier participation dans la société, risque et pouvoir, et par conséquent d'un montage comme nous les avons définis. En France, la question des cessions ou acquisitions temporaires de titres comme montage s'est posée notamment à l'occasion des opérations dites de portage<sup>1830</sup>. Le portage est défini par la doctrine française comme la convention par laquelle une personne (le porteur) accepte, sur demande d'une autre personne (le donneur d'ordre), de se rendre actionnaire d'une

---

<sup>1830</sup> Sur le portage, v. Y. Guyon, op. cit., nos 254 suiv., P. Mousseron, op. cit., nos 552 suiv., P. Soumrani « Le portage d'actions », LGDJ 1996, F.-X. Lucas « Les transferts temporaires de valeurs mobilières. Pour une fiducie de valeurs mobilières », LGDJ 1997, J.-P. Bertrel « Portage des droits sociaux », in Rép. sociétés Dalloz, J.-Ph. Dom, thèse précitée, nos 75 suiv., 450 suiv., G. Kontogeorga- Théocharopoulou, thèse précitée, nos 189 suiv..

société, par acquisition ou souscription d'actions, étant convenu qu'après un certain délai ces actions seront transférées à une personne désignée (bénéficiaire), pour un prix fixé dès l'origine<sup>1831</sup>. Le portage est d'une nature juridique débattue dans la doctrine française<sup>1832</sup>. Il peut être utilisé dans le but d'offrir une garantie au porteur, garantie évidemment sur les titres portés (dans ce cas de figure il y a cession temporaire des titres de l'emprunteur au créancier- porteur) ; il peut aussi être utilisé comme opération de crédit, le porteur acquérant les actions à un tiers pour le compte de l'acquéreur final, qui a vraiment l'intention de devenir associé, mais qui ne dispose pas immédiatement des moyens nécessaires dans ce but ou qui peut avoir d'autres raisons pour ne pas acquérir directement les droits sociaux<sup>1833</sup>. Le porteur est d'ailleurs très souvent un établissement bancaire soit prêteur de l'actionnaire, qui lui cède ses actions dans un but de garantie, soit offrant ses services moyennant une commission. La banque peut même acquérir temporairement dans le cadre d'une opération de portage la majorité des actions d'une société dans le but de les céder ultérieurement au donneur d'ordre, en facilitant ainsi l'effort de ce dernier de prendre le contrôle de cette société. Le portage peut aussi être utilisé comme technique de défense face à l'éventualité d'une offre publique inamicale contre la direction d'une société cotée<sup>1834</sup>. Du point de vue du droit civil, la validité du portage semble incontestable, pourvu qu'il ne cache pas une fraude à la loi<sup>1835</sup>. Plus problématique a été dans le passé la question de la

---

<sup>1831</sup> P. Mousseron, *op. cit.*, n° 552.

<sup>1832</sup> Ainsi Y. Guyon, no 254, P. Mousseron, n° 556 *suiv.*

<sup>1833</sup> Sur les utilités du portage, v. P. Mousseron, *op. cit.*, n° 552 *suiv.*, M. Boizard-X. Delpech, in Ph. Rainbourg - M. Boizard (dir.) « Ingénierie financière, fiscale et juridique », ouvrage collectif précité, n° 81- 21 *suiv.*, et plus particulièrement pour l'utilisation du portage par les établissements de crédit G. Kontogeorga-Theokaropoulou, *ibid.*

<sup>1834</sup> Sur ces aspects de la question v. G. Kontogeorga- Théocharopoulou, thèse précitée, nos 189 *suiv.*, notamment no 214, avec la classification des opérations de portage rencontrées dans la pratique bancaire française en portages sûretés, portages « opérations financières », portages « transmission » et portages « rémunération-gestion ». Selon cet auteur, les banques utilisent pour les opérations de portage des filiales dans le but d'éviter de donner une apparence de solvabilité par soutien bancaire de la société émettrice. La banque à laquelle un ordre de portage a été donné est tenue à l'égard du donneur d'ordre pour la substitution de sa filiale à elle-même comme un mandataire est tenu à l'égard de son mandant pour une telle substitution, suivant le caractère de cette dernière comme convenue ou non par les parties, dans le cas d'une substitution convenue notamment sur le fondement de l'obligation du mandataire de surveiller la personne du mandataire substitué dans le but de la bonne exécution du mandat (art. 1994-1, 1994-2 C. civ., 1<sup>o</sup> Ch. civ. C. cass. 29 mai 1980, Bull. civ. I, no 163). V. sur le portage comme moyen de prise de contrôle *ibid.*, nos 538 *suiv.*, et comme défense anti-OPA nos 625-626.

<sup>1835</sup> V. sur le portage du point de vue du droit civil Y. Guyon, *op. cit.*, n° 254. V. pourtant avec des doutes quant à la validité du portage-sûreté avant la reconnaissance par le droit français de la fiducie et par rapport à la prohibition du pacte commissaire J-P Bertrel, *op. cit.*, no 6-7 –contra, pour la validité de l'opération de portage-sûreté, D. Schmidt « Les opérations de portage de titres de sociétés » in « Les opérations fiduciaires », LGDJ 1985, Cl. Witz « La fiducie en droit privé français », *Economica* 1981.

validité du portage du point de vue du droit des sociétés et de l'ordre public sociétaire. Ce qui ouvrait la voie aux doutes et contestations était l'obligation de l'acquéreur final de racheter au porteur les actions ou parts sociales à un prix fixé en amont. Cette clause semblait aller à l'encontre de la prohibition en droit français des clauses léonines (1844-1 C.civ.), au sens des clauses exonérant totalement l'associé des pertes sociales, car l'obtention par le porteur du prix convenu en amont pour la cession des droits sociaux pourrait le faire échapper à toute perte de la société pour la durée de sa participation. Cette censure des conventions de portage sur le fondement de la prohibition des clauses léonines visait à faire la société échapper à une situation dans laquelle le détenteur des droits politiques à son sein serait garanti de tout risque découlant de sa participation, une situation anormale du point de vue du droit des sociétés et de son ordre public qui lie traditionnellement pouvoir au sein de la société et risque<sup>1836</sup>. Cette conception aboutissait ainsi à une influence renforcée de l'ordre public sociétaire et plus particulièrement de la prohibition des clauses léonines dans la sphère des rapports juridiques entre associés et tiers. Finalement, après de longues batailles juridiques et divergences entre les chambres de la Cour de cassation, la validité de principe de la convention de portage semble aujourd'hui acquise, manifestation de la tendance plus générale de reconnaissance des pactes extrastatutaires comme expression de la liberté contractuelle des associés et du retrait de l'ordre public sociétaire face à eux<sup>1837</sup>. L'utilité économique des opérations de portage a joué un rôle important dans cette reconnaissance. Pourtant, tout problème de validité concernant le portage n'a pas disparu. Les conventions de portage sont ainsi le plus souvent accompagnées de clauses selon lesquelles le porteur doit exercer ses droits dans la société selon les instructions du bénéficiaire ; ces clauses sont pour une partie de la doctrine française d'une validité douteuse, notamment pour ce qui concerne les conventions de vote, avec l'argument que la convention de vote doit être conforme à l'intérêt social et non à l'intérêt du bénéficiaire, comme c'est le cas avec les clauses obligeant le porteur à obéir aux instructions du bénéficiaire<sup>1838</sup>. Il est à noter que les conventions de portage sont aussi licites dans leur principe du point de vue de l'ordre public économique de la

---

<sup>1836</sup> V. sur cette problématique plus généralement dans la prohibition des clauses léonines P. Didier, t. 2, p. 35.

<sup>1837</sup> Ainsi, v. dans la jurisprudence de la 1<sup>ère</sup> Chambre civile de la Cour de cassation, censurant les opérations de portage sur le fondement de la prohibition des clauses léonines, 7 avril 1987, Rev. sociétés 1987, p. 395, note D. Randoux -contra Ch. com. 20 mai 1986, Rev. soc. 1986, p. 587, note D. Randoux. La 1<sup>ère</sup> Chambre civile s'est par la suite alignée sur la position de la Chambre commerciale - 16 octobre 1990, Bull. Joly 1990, p. 1052 § 343 note P. Le Cannu et plus généralement sur le débat quant à la licéité des conventions de portage P. Didier, t. 2, p. 42-43, Y. Guyon, op. cit., n° 254, ce dernier auteur se prononçant pour une intervention du législateur.

<sup>1838</sup> Y. Guyon, op. cit., n° 254.



réglementation bancaire (étant donné que, comme nous avons exposé ci-dessus, souvent le porteur est une filiale d'un établissement bancaire), mais aussi de celui de l'ordre public économique des marchés financiers, dans le cas où la société sur les actions de laquelle le portage est effectué est une société cotée (désormais société dont les actions sont admises sur un marché réglementé)<sup>1839</sup>. Le portage est ainsi réputé une opération d'acquisition temporaire de titres pour le compte d'un tiers n'entrant pas au champ de la réglementation impérative des prises de participations par les établissements bancaires à des entreprises non financières avec les limites prévues pour ces participations, à la condition que sa durée ne dépasse pas un an. Par contre, si sa durée dépasse un an, ne se pose pas de problème de licéité de principe pour la convention, mais il s'agit d'une prise de participation au sens de la réglementation bancaire, avec les restrictions et limites en découlant. Pour ce qui concerne l'ordre public économique des marchés financiers, la convention de portage pourrait être vue comme contraire à l'obligation de concentration avec la conclusion obligatoire des transactions sur les actions cotées au prix du marché, tandis que le portage va être dénoué à un prix fixé en amont. Mais la convention de portage était réputée bénéficier en droit français de l'exception à l'obligation de concentration prévue pour les conventions complexes sur les actions cotées, des conventions complexes pouvant être effectuées en dehors du marché réglementé (anc. art. L421-12 C. mon. fin. imposant l'obligation de concentration et y introduisant des exceptions, supprimé en 2007 – v. supra, Partie I, Titre II sur l'obligation de concentration). En plus, pour la doctrine et la jurisprudence françaises le portage sur des titres admis sur le marché réglementé, comme d'ailleurs toute possession des titres de la société « cotée » par une personne pour le compte d'un autre, est prise en compte pour le déclenchement des obligations imposées par l'ordre public économique des marchés financiers –de déclaration et éventuellement de dépôt d'une offre publique- dans le cas de dépassement de certains seuils d'acquisition d'actions par les personnes impliquées (v. art. L233-9 C. com., L433 C. mon. fin.), la loi faisant expressément mention aux actions ou droits de vote possédés par un tiers au titre d'une cession temporaire pour le calcul des participations et de franchissements des seuils légaux (v. supra, Partie I)<sup>1840</sup>. La convention de portage portant sur des titres admis aux négociations sur un marché réglementé active d'ailleurs l'obligation de publicité de toute convention portant sur un pourcentage du capital d'au moins de 0,5 pour cent de la société émettrice et créant des conditions préférentielles d'acquisition ou cession de ces titres (art. L233-11 C. com. –v. supra, Partie I). Plus généralement, aujourd'hui le portage sur droits

<sup>1839</sup>

V. G. Kontogeorga -Théocharopoulou, thèse précitée, nos 216 suiv., 260 suiv.

<sup>1840</sup>

V. G. Kontogeorga -Théocharopoulou, op. cit., nos 637 suiv.

sociaux peut trouver en droit français une version différente de celle classique par le recours à la technique de la fiducie au sens strict (propriété partagée et finalisée reconnue comme telle par le droit) introduite en France dans les années 2000 (art. 2011 suiv. C. civ. -v. supra, Partie I), et une partie la doctrine française estime qu'un tel recours à une technique expressément reconnue écarte définitivement tout risque de qualification de clause léonine et nullité pour le montage en cause, sur le fondement en plus de la considération que le fiduciaire n'aurait pas la qualité d'associé ; pourtant, ce dernier point de vue est contesté par d'autres auteurs<sup>1841</sup>. Une autre technique de transfert temporaire de droits sociaux rencontrée en France est celle du prêt d'actions (prêt de consommation –art. 1893 C. civ. opérant transfert de propriété avec obligation de restitution de choses de la même qualité et quantité, possible à cause du caractère fongible des actions mais aussi sur le fondement de la volonté des parties de donner ce caractère au prêt des titres – v. aussi L211-22 suiv. C. mon. fin. sur la réglementation de prêts de consommation avec comme objets certains titres constituant des instruments financiers)<sup>1842</sup>. Cette technique présentait l'intérêt dans le passé de permettre à une personne qui n'était pas actionnaire de le devenir et pouvoir de la sorte être élue administrateur de la société, comme le droit français exigeait avant 2008 la qualité d'actionnaire comme condition d'éligibilité au poste d'administrateur (actions de garantie) ; cette exigence d'ordre public sociétaire a été supprimée, mais les statuts de la SA peuvent toujours exiger un nombre minimum d'actions pour pouvoir acquérir la qualité d'administrateur (L225-25 C. com.), et dans les cas d'une telle exigence statutaire le prêt de consommation maintient sa valeur<sup>1843</sup>. Le majoritaire dans la SA prêtait ainsi à la ou les personnes de son choix souvent une action à chacune ou le cas échéant la quantité correspondant au minimum d'actions prévu pour les statuts comme condition de l'acquisition de la qualité d'administrateur, le prêt ayant comme durée celle du mandat de ces personnes comme administrateurs ; les statuts de la société prévoyaient d'ailleurs parfois que de telles cessions en vue de l'acquisition de l'éligibilité d'administrateur étaient libres par rapport aux clauses d'agrément existant en principe pour la cession des actions nominatives de telles sociétés (alternativement au prêt de consommation et dans le but de se débarrasser du dirigeant – actionnaire une fois ce dernier révoqué de son poste, on propose la vente à ce dernier des titres exigés par les statuts avec octroi de sa part d'une promesse de vente de

---

<sup>1841</sup> V. pour le premier point de vue F-X Lucas, note sous Ch. com. C. cass. 23 janvier 2007, *Bul. Joly* 2007, 610. Contra B. François « Fiducie », in *Rép. Dalloz sociétés*, no 43, 45.

<sup>1842</sup> Sur le prêt d'actions en droit français v. M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy nos 502, 529, 701, 935, M. Germain- V. Magnier, *op. cit.*, no 2128, P. Le Cannu- B. Dondero, no 920, P. Mousseron, *op. cit.*, nos 341, 564.

<sup>1843</sup> Sur cette utilisation du prêt d'actions en droit français v. M. Cozian-A. Viandier- Fl. Deboissy, *ibid.*, P. Mousseron, no 341.

ces titres, les cessions fiduciaires, la retrocession des actions par le dirigeant à la société avec clause de réserve de propriété, la société pouvant redevenir propriétaire des actions en payant le prix convenu)<sup>1844</sup>. Conformément au principe de l'effet relatif des conventions, les juges français ont estimé que la violation de la part du majoritaire par de tels prêts d'actions à des tiers d'un pacte d'actionnaires le liant à un minoritaire et prévoyant un droit de préemption de ce dernier, des prêts s'inscrivant d'ailleurs dans un effort du majoritaire de révoquer le minoritaire de son poste comme administrateur en violation de son pacte extrastatutaire le liant à ce dernier et de nommer au conseil des personnes de sa confiance, n'était pas une cause d'annulation des prêts et ouvrait seulement droit de dommages intérêts au profit du minoritaire<sup>1845</sup>. En dehors de cette utilité spécifique, le prêt d'actions est plus généralement une variante de l'aliénation fiduciaire, en permettant une libre disposition de droits découlant des titres par l'emprunteur (droits de vote, droit aux dividendes), avec toutefois obligation de restitution de titres de la même qualité et quantité une fois l'une des causes de fin du contrat survenue<sup>1846</sup>. Des auteurs français ont pourtant soulevé l'objection que par le prêt de consommation le droit de vote est dévolu à une personne qui, tout en se présentant comme actionnaire, ne subit pas le risque de l'entreprise –l'emprunteur-, avec comme conséquence la mise en cause de la légitimité de cette allocation du droit de vote à ce dernier<sup>1847</sup>. Plus particulièrement pour les sociétés cotées, le prêt d'actions est utilisé comme instrument de spéculation, surtout à la baisse, avec emprunt des actions par un opérateur suivie de leur vente immédiate, avec l'attente qu'au moment de remboursement du prêt on pourra acheter des actions de la même qualité et quantité à un prix plus bas que celui de la vente (souvent d'ailleurs on a conclu le contrat de vente avant d'emprunter les titres – short selling)<sup>1848</sup>.

En Grèce, à la différence de la France, des phénomènes juridiques similaires à celui de portage n'ont pas attiré beaucoup l'intérêt de la doctrine du droit des sociétés et de la jurisprudence en la matière ; il n'y a pas d'ailleurs de terme grec correspondant exactement à celui de portage. Ce que la doctrine et la jurisprudence grecques connaissent est la notion plus générale de cessions ou acquisitions de propriété « fiduciaires » (katapisteffikes), à

---

<sup>1844</sup> P. Mousseron, *ibid*, du même « Les clauses de réserve de propriété en matière de cessions de droits sociaux », *Actes pratiques et Ingénierie sociétaire*, mars-avril 2004, p. 3, F.-X. Lucas - Ph. Neau-Leduc « Mise à disposition d'actions à des administrateurs et à des membres du conseil de surveillance », *Actes pratiques et Ingénierie sociétaire*, nov. 1997, p. 7.

<sup>1845</sup> V. l'arrêt précité du 2 juillet 2002 de la CA Paris.

<sup>1846</sup> Sur l'utilisation du prêt d'actions comme cas d'aliénation fiduciaire v. P. Le Cannu-B. Dondero, no 1132, et sur les droits de l'emprunteur v. P. Mousseron, no 564.

<sup>1847</sup> M. Germain- V. Magnier, *ibid*.

<sup>1848</sup> P. Le Cannu-B. Dondero, *ibid*, P. Mousseron, *ibid*.

savoir des cessions ou acquisitions finalisées ou restreintes dans l'esprit des parties, selon une convention de base avec effet relatif entre celles-ci. La doctrine civiliste grecque définit les actes juridiques fiduciaires comme ceux par lesquels l'un des contractants acquiert un pouvoir juridique plus grand que celui qui est nécessaire pour l'obtention du but recherché par les parties<sup>1849</sup>. On peut ainsi rencontrer des cas de cession « fiduciaire » visant à garantir le prêteur ou des cessions ou acquisitions « fiduciaires » pour le compte d'un bénéficiaire dans un but de gestion des biens acquis, et on peut imaginer très bien que ce tiers sera selon les termes de la convention l'acquéreur final du bien. La licéité des transmissions de propriété fiduciaires dans un but de garantie était vivement contestée dans le passé, avec invocation de la non reconnaissance de la garantie d'une dette comme cause licite de la transmission de la propriété d'une chose, de la fraude au numerus clausus des droits réels du droit grec (973 AK), de la fraude à la prohibition de la constitution d'un nantissement avec maintien du débiteur à la possession de la chose (pour les cas de transfert fiduciaire de propriété avec accord de maintien de ce dernier à la détention de la chose selon un contrat avec effets relatifs, notamment de bail) mais aussi à la prohibition du pacte comissoire (1211, 1214, 1239 AK). Ces problèmes de validité avaient amenés souvent les parties dans une cession fiduciaire ayant un but de garantie de la dissimuler sous un contrat de vente simulé avec comme condition résolutoire le remboursement de la dette ou avec une clause de réméré<sup>1850</sup>. On doit toutefois réputer que la cession fiduciaire à cause de garantie ne pose pas aujourd'hui de problèmes pour le droit civil grec, du moins pour ce qui concerne les biens meubles et les créances, d'abord sur le fondement du caractère abstrait –non causé – des transmissions de ces biens en droit grec (le caractère éventuellement illicite de la cause n'influence pas la validité de l'acte de transfert de propriété –v. supra, Partie I), ensuite sur le fondement de la reconnaissance progressive par la doctrine de la licéité de la garantie comme cause valable du transfert de propriété selon le principe de l'autonomie de la volonté, avec finalement la reconnaissance en 2000 par le droit grec des contrats innomés non publiés obligatoirement transférant la propriété sur biens meubles dans un but de garantie (10 par. 1 L2844/2000)<sup>1851</sup>. A fortiori doit être réputée licite sur le fondement de l'autonomie de la volonté la cession de biens dans le but de leur gestion. Ainsi, des actes juridiques fiduciaires effectués soit dans un but de gestion, soit dans un but de garantie et portant sur des droits sociaux –qui sont pour le droit grec des

---

<sup>1849</sup> V. (en grec) les ouvrages de « Principes Généraux » d'Ap. Georgiadis, p. 359 suiv., N. Papantoniou, p. 272 suiv. V. aussi (en grec) Chr. Deliyanni-Dimitrakou, « Trust et fiducie. Examen de droit comparé », éd. Sakkoula, 2002 et la thèse précitée de K. Karayannis sur la simulation, p. 561 suiv., avec une comparaison entre les actes juridiques fiduciaires et la simulation.

<sup>1850</sup> V. N. Papantoniou, op. cit., p. 275.

<sup>1851</sup> V. Ap. Georgiadis, op. cit., p. 363 suiv., K. Karayannis, ibid.

rapports juridiques complexes de créances et obligations, incorporés en plus à un support papier comme biens mobiliers pour les actions des sociétés non cotées (v. supra, Partie I)-doivent être réputés en principe licites pour le droit civil grec. Sans aucun doute sont d'ailleurs licites les actes juridiques fiduciaires par le biais desquels l'un des contractants souscrit des droits sociaux ou acquiert de tels droits auprès d'un tiers pour le compte de son cocontractant sur le fondement de leur rapport juridique interne avec effets relatifs, le plus souvent de mandat du droit grec (entoli), des actes pour la licéité desquels aucune contestation ne semble avoir existé dans le passé (il s'agit dans les relations avec le tiers d'un cas de représentation indirecte de l'art. 212 AK, à savoir de conclusion d'un contrat au nom d'une personne mais pour le compte d'une autre, les effets du contrat se produisant à la personne du représentant indirect, non à la personne de celui pour le compte duquel le représentant indirect agit, d'autres actes juridiques allant transférer les effets du contrat au bénéficiaire réel)<sup>1852</sup>. D'autres relations de base entre les parties à une telle relation fiduciaire peuvent être des contrats de travail, d'entreprise, de commission, de société<sup>1853</sup> ; on peut de la sorte admettre comme licite une telle acquisition comme moyen d'octroi de crédit au profit d'une personne qui ne dispose pas immédiatement des liquidités nécessaires pour l'acquisition des droits sociaux. Nous voyons de la sorte que les contrats « fiduciaires » sur droits sociaux peuvent correspondre en droit grec aux fonctions du portage du droit français, sans problème de licéité du point de vue du droit commun. Pour ce qui concerne le droit grec des sociétés, nous rappelons à cette place seulement que la doctrine grecque - à la différence de celle française - regardait comme valable même la constitution d'une société anonyme par une seule personne par le biais de prête-noms souscrivant fiduciairement pour le compte du maître de l'affaire (v. supra, Partie I) ; il en résulte qu'a fortiori est possible la participation fiduciaire d'une personne à la société pour le compte d'une autre personne qui ne se présente pas pour associé, sur le fondement de leur relation de base. Il est toutefois à souligner que l'effet relatif des relations fiduciaires de base ne permet pas aux opérations fiduciaires sur droits sociaux du droit grec de jouer exactement le rôle du trust anglo-saxon ou désormais de la fiducie du droit français, car il ne s'agit pas de propriété démembrée avec effets réels, mais de propriété classique avec des engagements ayant effet relatif du propriétaire (v. ci-dessous notamment sur le propriétaire fiduciaire à l'égard de la société et des tiers)<sup>1854</sup>. Malgré sa reconnaissance de principe,

---

<sup>1852</sup> V. sur l'interposition de personne et sa relation avec l'acte juridique fiduciaire K. Karayannis, op. cit., p. 553 suiv.

<sup>1853</sup> V. K. Karayannis, op. cit., p. 555.

<sup>1854</sup> Sur la pénétration du trust dans les relations internes des sociétés v. Chr. Deliyanni-Dimitrakou, monographie précitée, p. 303

comme en droit français pour le portage, l'acquisition fiduciaire de droits sociaux pour le compte d'un autre ne doit pas réaliser une fraude à une loi d'ordre public ou aux statuts. Il s'agit notamment de fraude aux prohibitions ou restrictions d'acquisitions d'actions par l'ordre public économique pour certaines personnes dans certaines catégories de sociétés avec une importance particulière (notamment d'hommes politiques et d'entrepreneurs ayant des transactions avec le secteur public à des sociétés exploitant des médias) mais aussi de dispositions imposant la nominativité des actions de certaines catégories de sociétés (v. supra, Partie I sur les cas de nominativité obligatoire des actions d'AE)<sup>1855</sup>. Pour ce qui concerne les statuts, on peut penser à une fraude aux clauses d'agrément (acquisition fiduciaire par une personne agréée par la société agissant pour le compte d'un autre qui n'aurait pas pu obtenir cet agrément). En cas de fraude par le biais d'une opération fiduciaire, il y aura application de la règle impérative ou clause des statuts fraudée selon leur finalité (v. supra sur la théorie de la fraude en droit grec), avec application de la règle ou clause en cause à la personne qui vraiment bénéficie de l'opération fiduciaire et le développement des conséquences des prohibitions en découlant, avec comme résultat normalement la nullité de la cession fiduciaire frauduleuse<sup>1856</sup>. Comme nous avons suggéré ci-dessus, les opérations groupés sous l'intitulé du portage sur droits sociaux en droit français pourraient être vues en droit grec comme cas particuliers des opérations fiduciaires, ces dernières étant ouvertes à plusieurs buts, et rien n'empêche la prévision de l'acquisition finale des droits sociaux mis en propriété fiduciaire par un bénéficiaire à un prix déterminé en amont. En plus, l'acquisition fiduciaire pour le compte d'un autre peut ainsi permettre à ce dernier même de participer à une société concurrente sans apparaître dès le premier moment<sup>1857</sup>. Il est aussi à noter qu'aucun problème ne semble se poser en droit grec pour ce qui concerne la convention d'acquisition de droits sociaux par une personne avec accord entre les parties de leur rachat à la fin de l'opération par l'autre à un prix déterminé en amont du point de vue de la prohibition des clauses léonines. C'est parce que la prohibition des clauses léonines n'a pas en droit grec l'importance comme principe fondamental d'ordre public du droit de sociétés qu'il a en droit français, mais aussi parce que dans la jurisprudence et la doctrine grecques prévaut une conception de séparation plus stricte qu'en droit français des sphères sociétaire et extrasociétaire (des conventions conclues *ratione societatis* entre associés ou entre associés et les tiers) ; il est d'autre part vrai que

---

<sup>1855</sup> Sur la relation entre actes juridiques fiduciaires et fraude v. K. Karayannis, op. cit., p. 255, 262-263.

<sup>1856</sup> V. sur ces questions K. Karayannis, op. cit., p. 263.

<sup>1857</sup> V. ainsi et pour un rapprochement entre opérations fiduciaires du droit grec et portage du droit français Chr. Deliyanni-Dimitrakou, monographie précitée, p. 324-325.

l'évolution du droit français en ce qui concerne l'impact de la prohibition des clauses léonines sur les pactes extrastatutaires (v. supra) diminue les différences entre les deux droits. Un problème qui existe toutefois en droit grec est celui de la distinction des souscriptions ou acquisitions fiduciaires pour le compte d'un autre par rapport à la participation simulée d'une personne à une société couvrant la participation d'un autre. En théorie, le critère de différenciation est la connaissance de la simulation par les cocontractants, dans notre cas des autres associés ou du moins des représentants de la société ou les cédants, et leur volonté de conclure un contrat sérieux de participation à la société avec la personne dissimulée, non avec l'associé apparent (cas de « simulation relative »- v. supra Partie I) ; par contre, dans la participation fiduciaire il y a volonté d'acquisition réelle de la qualité d'associé par la personne se présentant comme associé, indépendamment de sa relation de base avec une autre personne, et cela même si le cocontractant –autres associés ou cédant- connaît que celui qui acquiert les droits sociaux le fait pour le compte d'un autre<sup>1858</sup>. La participation simulée de l'associé apparent est réputée nulle et à sa place est réputée valable la participation de l'associé dissimulé que les parties ont voulue réellement, en plus aucun problème de validité n'en résultant pour la société même si la simulation a eu lieu au moment de sa constitution. L'associé réel peut de la sorte à tout moment réussir à prohiber à l'associé apparent tout exercice de droits sociaux et exercer ces droits à son nom ; tout tiers peut d'ailleurs invoquer la simulation, la nullité de cette dernière n'étant pas toutefois opposable aux tiers qui se sont fiés à l'apparence en ignorant la simulation (art. 138-139 AK –v. supra)<sup>1859</sup>. Par contre, la

---

<sup>1858</sup> V. K. Karayannis, op. cit., p. 553 suiv., not. p. 555.

<sup>1859</sup> Pour un cas de participation simulée à une EPE – SARL de droit grec-, les coassociés connaissant que leur véritable associé n'était pas celui apparent et voulant comme tel la personne dissimulée v. Mon. Prot. (TI) Athènes 122778/1994, EEmpD 1994, p. 594, obs. A. Gouskou-Selekou. Dans cette affaire l'associé dissimulé vraiment voulu par les autres associés comme leur coassocié exerçait tous les droits sociaux appartenant en apparence à l'associé simulé sur le fondement de procurations par ce dernier. Des problèmes avec certains des héritiers de l'associé apparent ayant surgi, le tribunal, agissant selon la procédure de référé, a permis à l'associé dissimulé de participer à son nom à l'assemblée de la société. V. aussi dans le même sens pour les relations entre l'associé dissimulé, l'associé apparent et la société Eph. (CA) Athènes 4105/1984, El. Dik. 1985, p. 673, Mon. Prot. (TI) Ilia 554/1984, EEmpD 1984, p. 601, Mon. Prot. (TI) Athènes 10880/1987, EEmpD 1988, p. 454. Un auteur considère pourtant que la participation dissimulée dès la constitution de la société serait défectueuse dans les sociétés pour lesquelles l'acte juridique de constitution revêt impérativement la forme solennelle –AE, EPE-, exactement parce qu'elle n'aurait pas revêtu comme dissimulée cette forme –v. Ap. Karagounidis in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 1, p. 578. Mais la jurisprudence grecque accepte plus généralement comme valable le contrat dissimulé pour lequel par définition la forme n'a pas été respectée même pour les contrats solennels simulés couvrant le contractant réel – contra Ap. Georgiadis, op. cit., p. 485. Pour un cas de figure dans lequel le tribunal a jugé qu'entre les associés apparents d'une société en nom et les personnes se cachant derrière des participations simulées existait en réalité une société occulte –

participation fiduciaire d'une personne dans une société est réelle car voulue comme telle par lui et les coassociés, et la personne pour le compte de laquelle la propriété de droits sociaux a été acquise a à l'égard du propriétaire fiduciaire les droits avec seulement effets relatifs résultant de leur relation de base ; la relation fiduciaire est ainsi inopposable à la société et les droits sociaux sont valablement cédés par le propriétaire fiduciaire à un tiers (avec engagement bien sûr de la responsabilité contractuelle du premier à l'égard du bénéficiaire selon leur relation de base) ou saisis par les créanciers du propriétaire fiduciaire, sans application des dispositions sur la simulation. Facile en théorie, cette distinction entre acquisition simulée et acquisition fiduciaire de droits sociaux peut être difficile dans le concret<sup>1860</sup>. Il semble que la jurisprudence grecque préfère en cas de conflit et de doute de qualifier les situations de participation dans une société pour le compte d'un autre comme participations simulées, en simplifiant ainsi les choses ; c'est le cas non seulement pour les souscriptions dans une société couvrant la participation d'un autre, mais aussi de cessions à une autre personne avec le cessionnaire agissant pour le compte et dans l'intérêt du cédant<sup>1861</sup>. En dehors de cette problématique des relations entre participation fiduciaire et simulation, sont aussi rencontrées en Grèce et sont réputées par la doctrine licites les cessions fiduciaires de droits sociaux utilisées comme moyens d'exécution de conventions de vote, avec la cession à une tierce personne de confiance accompagnée d'un engagement de vote de cette personne venant pallier les effets relatifs de la convention de vote, ou utilisées comme moyens de résolution de conflits entre associés, avec cession fiduciaire temporaire des droits sociaux des parties en conflit à un médiateur<sup>1862</sup>. Ce qui est sûr est que la propriété « fiduciaire » de droits sociaux est un montage et crée une situation juridique atypique, avec l'associé ou actionnaire agissant pour le compte d'un autre selon une relation de base entre eux, souvent selon les instructions de ce bénéficiaire et en exécution des conventions de vote le liant à ce dernier. Cette relation atypique, pour admise qu'elle soit dans son principe, a toutefois évidemment certaines limites d'ordre public sociétaire. Ainsi, comme en droit français, les conventions de vote liant le propriétaire « fiduciaire » à la poursuite des intérêts du bénéficiaire ne doivent pas dépasser certaines limites pour être valables (v. supra sur les limites d'ordre public des

---

aphanis etairia-, les associés dissimulés ne jouissant pas de la sorte de pleins droits dans la société en nom collectif v. Mon. Prot. (TI) 14777/1981, EEmpD 1984, p. 433.

<sup>1860</sup> V. K. Karayannis, op. cit., p. 556 suiv.

<sup>1861</sup> V. ainsi Areios Pagos 597/1989, El. Dik. 1989, p. 1351 et infra sur cette affaire, K. Karayannis, op. cit., p. 296-298.

<sup>1862</sup> V. ainsi E. Perakis, thèse précitée sur les conventions de vote, p. 214-215, M-Th. Marinos, monographie précitée sur les pactes extrastatutaires, p. 58-59, Chr. Deliyanni-Dimitrakou, op. cit., p. 324-325.



conventions de vote en droit grec). C'est ainsi de nouveau notamment par le biais de la notion d'intérêt social comme limite à ces conventions que le droit de l'organisation que constitue la société vient exercer une influence sur les relations fiduciaires entre associés et tiers réputées largement comme « extrasociétaires ». Il est aussi à noter que les prises de participations temporaires pour le compte des tiers par les établissements de crédit sont licites pour l'ordre public grec de la réglementation bancaire, comme c'est le cas pour le droit français (v. supra)<sup>1863</sup>. Comme en droit français, à la suite de l'harmonisation communautaire en matière de transparence des marchés financiers et d'offres publiques obligatoires, pour le droit grec les titres avec droit de vote d'une société dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé possédés par un propriétaire fiduciaire pour le compte d'une autre personne, comme aussi les titres de telles sociétés conférant droits de vote cédés temporairement –à titre onéreux, comme précise la loi- à une personne par un autre, sont pris en compte pour le calcul du franchissement éventuel des seuils prévus par la loi et le déclenchement des obligations impératives d'information (art. 10 L3356/2007) et éventuellement de dépôt d'une offre publique (art. 7 3461/2006) que la loi prévoit à la charge de la personne ayant franchi les seuils critiques (v. supra, Partie I, Titre II). L'autorité grecque des marchés financiers, avec approbation de la jurisprudence et de la doctrine, a aussi jugé que l'acquisition par un établissement bancaire d'un pourcentage d'actions d'une société cotée (globalement 9,8 pour cent) auprès de deux actionnaires dans le cadre d'une convention d'equity swap le liant à la société mère d'une société actionnaire majoritaire dans la première société et dans le but de se couvrir face au risque de cette convention (v. supra sur l'économie de l'equity swap) était un cas de possession indirecte de ces actions pour le compte de l'actionnaire majoritaire ; les actions en cause devaient par conséquent être prises en compte pour les obligations de notifications de cet actionnaire mais surtout pour le déclenchement de son obligation de déposer une offre publique à 100 pour cent en cas d'acquisition de plus de 3 pour cent des droits de vote de la société dans une période inférieure à douze mois (v. supra, Partie I sur les conditions de déclenchement d'une offre publique obligatoire en droit grec) ; pour aboutir à ce résultat, on a tenu compte de l'action de concert entre société mère et filiale (v. infra, Titre II, sur l'action de concert au sein des groupes de sociétés), l'acquisition par la société filiale majoritaire de la société cible d'un pourcentage de 2,8 pour cent des actions

---

<sup>1863</sup> V. G. Kontogeorga -Théocharopoulou, thèse précitée, no 220, la lettre de la loi grecque réglementant la matière semblant exclure des restrictions même à des acquisitions non temporaires par les établissements de crédit dans des entreprises non financières pour le compte des tiers (art. 16 L2076/1992 – v. pourtant G. Kontogeorga- Théocharopoulou, *ibid*, pour une interprétation restrictive de cette disposition).

de cette dernière lui ayant permis d'acquérir la majorité absolue des actions communes de la société peu de temps avant la conclusion du swap, de ce que la société actionnaire majoritaire a réussi avec l'equity swap conclu par sa société mère à échapper au risque de l'acquisition de ces actions par une autre personne pouvant agir contre ses intérêts, mais aussi de ce que l'indifférence de la banque pour ce qui concerne l'exercice de ses droits de vote (comme la banque s'intéressait pour les actions en cause seulement comme couverture de son risque par le moyen des bénéfices distribués par la cible et s'abstenait des assemblées – v. supra sur la capacité de l'equity swap de dissocier propriété des actions et risque) permettait essentiellement la neutralisation de ces actions au profit de l'actionnaire majoritaire, avec comme conséquence l'augmentation indirecte du poids de la majoritaire dans la société et la fraude à l'art. 7 L3461/2006 sur les offres publiques obligatoires (il s'agit d'une fraude au sens du droit grec, appréciée objectivement, sans besoin d'intention frauduleuse – v. supra, Partie I, sur la théorie de la fraude à la loi en droit grec ; d'ailleurs, dans l'affaire en cause il semble que l'intention frauduleuse existait aussi, comme la société actionnaire majoritaire et les deux actionnaires qui ont cédé à la banque des actions était liés avec des pactes extrastatutaires, notamment un pacte de préférence au profit de la majoritaire, auquel cette dernière a renoncé en permettant la cession des actions à la banque, la conclusion du swap entre société mère et banque cessionnaire des actions a eu lieu au même jour de la cession des actions à la banque, le but du montage étant d'échapper à l'obligation de déposer une offre publique à 100 pour cent au prix réel payé pour le renforcement du contrôle, comme ce dernier résultait des prix des acquisitions récentes d'actions par la société majoritaire et était reflété au prix de référence du swap)<sup>1864</sup>. Pour ce qui concerne le prêt avec comme objet des actions – notamment prêt correspondant au prêt de consommation du droit français, avec transfert de propriété et obligation de l'emprunteur de restituer à la fin du prêt des titres de la même qualité et quantité-, on le rencontre en Grèce, comme en France, notamment dans le cadre d'opérations spéculatives sur le marché boursier et plus généralement dans le cadre de différentes stratégies d'investissement, mais aussi comme moyen d'acquisition temporaire de droits de vote dans la société (par contre, comme la loi grecque n'impose pas traditionnellement la qualité d'actionnaire comme condition d'éligibilité des administrateurs, le prêt de titres n'a pas en Grèce l'utilité qu'il avait en droit français comme technique

---

<sup>1864</sup> Sur cette affaire v. 2/490/31-10-2008 déc. EK ( Commission des marchés financiers), Dioikitiko Epheteio (CAA) Athènes 1770/2010, D. Avgitidis (consultation – en grec) « La conclusion de conventions d'échange sur actions (equity swaps) comme fraude à l'obligation de dépôt d'une offre publique obligatoire », Chr. D. 2009, p. 239, A. Kontogeorgiou, monographie précitée, p. 157 suiv.

permettant à une personne de devenir administrateur)<sup>1865</sup>. Cette forme de transfert temporaire de la propriété de titres doit être réputée dans son principe licite aussi bien du point de vue du droit des contrats et du droit des sociétés, comme expression du principe de l'autonomie privée (mais le prêt ne doit pas être utilisé pour frauder les restrictions de l'acquisition par la société de ses propres actions et celles concernant les distributions des bénéfices) ; est aussi répandue la pratique du recours au prêt d'actions pour posséder les titres à la date d'enregistrement – record date (v. supra sur l'introduction en 2010 en droit grec du dispositif de la record date en ce qui concerne la légitimité de participation dans les assemblées pour les sociétés cotées) et se légitimer ainsi pour participer à l'assemblée de la société cotée en restituant par la suite les actions avant l'assemblée ; le prêt d'actions peut aussi être un moyen de dissocier la propriété réelle de celle apparente sur les titres, dans ce cas l'emprunteur étant engagé par des conventions de vote de se conformer aux instructions du prêteur<sup>1866</sup>. Il est à noter que la doctrine grecque – en reflétant la pratique répandue en Grèce- considère que le prêteur a selon l'accord des parties un droit à la restitution de tous les fruits du titre correspondant à la période du prêt, tandis qu'en France typiquement dans le prêt de consommation les fruits des titres prêtés appartiennent à l'emprunteur (v. supra)<sup>1867</sup>. La conséquence en a que dans un courant doctrinal plus récent le prêt de titres est envisagé comme modalité par excellence de dissociation d'une part la propriété du titre et des droits politiques en découlant et d'autre part le risque lié aux actions, avec comme résultat la création d'une situation présentant des problèmes (v. supra, à l'occasion des développements sur les produits dérivés sur actions, sur la problématique récente dans la doctrine grecque concernant ces dissociations de propriété juridique, de droits politiques et de propriété économique et les remèdes proposés de lege lata et de lege ferenda ainsi que sur les réserves d'une partie de la doctrine française quant à l'exercice du droit de vote par l'emprunteur)<sup>1868</sup>.

---

<sup>1865</sup> G. Sotiropoulos (en grec) « Le prêt de titres », Nomiki Vivliothiki 2005, Th. Kaziani (en grec) « Le prêt de titres (notamment d'actions) et ses garanties », éd. Nomiki Vivliothiki 2010 (sur les différentes utilités du prêt des titres, leur typologie et les différentes formes d'intermédiation ainsi que sur le dispositif de prêt réglementé de titres sur le marché organisé grec – repos et reverse repos), L. Athanassiou, monographie précitée sur les actionnaires et la surveillance dans les AE, p. 256 suiv., notamment sur les différentes stratégies d'investissement et de spéculation servies par le prêt de titres, l'intermédiation et le prêt dans le but d'acquisition de droits de vote.

<sup>1866</sup> Sur le prêt d'actions et le droit des sociétés v. Th. Kaziani, op. cit., p. 340 suiv. (sur le prêt de titres et l'engagement du droit de vote de l'emprunteur p. 345 suiv.) et plus particulièrement sur le prêt d'actions et la record date, L. Athanassiou, p. 267, A. Kontogeorgiou, p. 64-65.

<sup>1867</sup> G. Sotiropoulos, op. cit., p. 93 suiv., L. Athanassiou, op. cit., p. 257.

<sup>1868</sup> L. Athanassiou, ibid, A. Kontogeorgiou, op. cit., p. 55 suiv.

### **Les démembrements de propriété comme montages**

Quand on parle de démembrements de propriété comme techniques de réalisation de montages sociétaires, on entend tout d'abord l'usufruit (en grec epikarpía) sur les droits sociaux. Il s'agit d'une technique de provenance romaine, commune aux deux droits sous comparaison, consistant à l'octroi à une personne autre que le propriétaire du droit de jouir d'un bien et des avantages et bénéfices en découlant sous réserve de préservation de sa substance, à durée déterminée ou même à vie de l'usufruitier, transmissible entre vifs pour le droit français et intransmissible entre vifs pour le droit grec, solutions pourtant de droit supplétif, expirant à la mort de l'usufruitier avec reconstitution de la pleine propriété à la personne du nu-propriétaire, l'introduction de la possibilité de succession sur l'usufruit par convention des parties étant pourtant reconnue en droit grec, droit subjectif ayant été consacré par les deux droits sous comparaison comme l'un des droits réels dans leur *numerus clausus* de tels droits (art. 578 suiv. C. civ., 1142 suiv. AK), en plus traditionnellement spécialement reconnu pour ces biens particuliers que sont les droits sociaux ; on peut de la sorte considérer que l'usufruit est une technique reconnue par la loi de dissociation des droits découlant de la part sociale ou l'action, technique offrant en plus les avantages des droits réels, notamment leur effet erga omnes. Pourtant, l'intérêt consacré par la doctrine et la jurisprudence à l'usufruit utilisé comme montage en droit des sociétés est très inégal dans les deux pays sous comparaison, un intérêt qui reflète les degrés très différents d'utilisation par la pratique de chacun d'eux de cette technique. Ainsi, en droit français, l'usufruit utilisé comme montage en droit des sociétés a fait selon la doctrine les dernières décennies l'objet d'une véritable « révolution » dans la pratique des affaires, l'institution de l'usufruit ayant largement échappé à sa physionomie traditionnelle<sup>1869</sup>. Il s'agit d'utilisations fortement atypiques de l'usufruit par rapport à sa compréhension traditionnelle et « naïve » par le droit des sociétés et l'impératif sociétaire français comme une dissociation de la propriété des droits sociaux et de la jouissance des droits particuliers en découlant et notamment du droit aux bénéfices ; ces utilisations

---

<sup>1869</sup> V. sur l'usufruit comme technique applicable sur les droits sociaux A. Rabreau « L'usufruit sur droits sociaux », Litec 2006, F. Zenati « Usufruit de droits sociaux » in Rép. sociétés Dalloz (avec une contestation du régime juridique de l'usufruit comme démembrement de propriété), H. Hovasse-M. Deslandes-R. Gentilhomme, « Le démembrement des droits sociaux », Dr. sociétés, Actes pratiques, 1994, n° 16, J. Prieur- J.-P. Ferret- F. Roussel, « Aspects de droit des sociétés. Démembrement, utilisation du quasi-usufruit, montages », Droit et patrimoine, 1999, Dossier « Démembrement de propriété : stratégies actuelles et perspectives », A. Pietrancosta « Usufruit et droit des sociétés », in Dossier « Droit et Patrimoine », mai 2005, R. Gentilhomme « Démembrement des droits sociaux » in Ph. Raimbourg,-M. Boizard, « Ingénierie financière ... », nos 82 et suiv.

constituent des montages comme nous les entendons, car elles instrumentalisent l'usufruit pour des finalités plus lointaines que celle typique de dissocier propriété et droit aux bénéfices ou sont des pièces à des constructions plus complexes ayant des finalités plus lointaines, notamment pour ce qui concerne l'organisation du pouvoir dans la société. La première utilisation de l'usufruit comme montage porte sur la question intéressant beaucoup la doctrine en France de la transmission d'une entreprise familiale sociétaire<sup>1870</sup>. Le maître de l'affaire voulant organiser la transmission normale de son entreprise sociétaire à sa famille procède ainsi au partage de ses actions ou parts sociales à ses héritiers futurs, tout en maintenant leur usufruit, avec implication d'apports des droits sociaux démembrés à une société holding. Le procédé permet le maintien de la direction de l'affaire par le fondateur de l'entreprise et le transfert de ce contrôle aux héritiers ou mieux à l'héritier choisi pour assumer la direction de l'entreprise, dans ce cas avec utilisation de techniques de rachat par ce dernier des droits sociaux des autres héritiers, notamment avec le recours à la société holding, avec le moindre coût fiscal et surtout avec la moindre perturbation des équilibres au sein de la société, notamment par rapport à une succession ab intestat (v. avec davantage de détails sur ces montages infra, Titre II, dans le cadre des développements sur les sociétés holdings). La seconde utilisation caractéristique de l'usufruit comme montage en France vise à permettre une dissociation du pouvoir et de la finance dans la société, le démembrement des titres appartenant aux autres actionnaires avec constitution d'usufruit sur eux au profit d'un autre actionnaire permettant à l'usufruitier de détenir un pouvoir beaucoup plus grand que sa participation au capital de la société<sup>1871</sup>. Cela d'autant plus que la constitution d'un usufruit sur actions semble échapper en droit français à une clause statutaire éventuelle d'agrément, comme elle n'est pas une cession des titres pour laquelle une telle clause peut être introduite (v. art. L228-23 C.com., se référant à la possibilité d'introduction de clauses d'agrément pour la cession des actions à quelque titre que ce soit, la constitution d'un usufruit échappant à cette catégorie, qui est interprétée par la jurisprudence et la doctrine françaises restrictivement, aucune référence ne semblant exister à une portée éventuelle des clauses d'agrément sur la constitution d'un usufruit, et en plus la parenté de la constitution d'un usufruit avec l'aliénation des titres et sa nature comme démembrement de la propriété sont contestée dans la doctrine)<sup>1872</sup>. A sens

---

<sup>1870</sup> V. sur cet aspect notamment J. Prieur- J.-P. Ferret- F. Roussel, *ibid.*

<sup>1871</sup> V. J. Prieur-J.-P. Ferret- F. Roussel, *ibid.*

<sup>1872</sup> Pour une contestation de la constitution volontaire de l'usufruit comme aliénation d'une partie démembrée de la propriété des droits sociaux v. F. Zenati, *op. cit.*, nos 93 suiv. Selon cet auteur, l'usufruit est un pouvoir de fait portant sur l'émolument de la propriété (mais cela ne signifie pas que l'usufruitier n'a pas un droit véritable, droit en plus réel, comme pourvu d'un droit de suite,

inverse, une participation à titre de nu-proprétaire avec une minorité de blocage peut donner un pouvoir de veto aux modifications statutaires de la société à une personne essentiellement extérieure à celle-ci<sup>1873</sup>. Les montages utilisant le démembrement des droits sociaux sont en principe licites en droit français, car l'usufruit est une technique bien connue du droit des biens et son utilisation à des fins atypiques par rapport à celles classiques ne fait pas présumer l'illicéité de ces fins. Pourtant, l'ordre public sociétaire pose des limites aux pouvoirs des parties de façonner des situations sur mesure en exploitant les démembrements de propriété, et la rencontre du droit des biens et du droit des sociétés en matière d'usufruit de droits sociaux n'est pas exempte de difficultés<sup>1874</sup>. D'abord, pour ce qui concerne l'attribut essentiel du droit de vote, le droit français fait un partage entre nu-proprétaire et usufruitier (art.1844 al. 3 C.civ., L225-110 C. com. pour les sociétés anonymes) : selon le premier de ces articles, de droit commun pour toutes les sociétés, le droit de vote appartient au nu-proprétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, cas dans lesquels il est réservé à l'usufruitier, tandis que la seconde, de droit spécial pour les SA et plus favorable à l'usufruitier, prévoit que le partage est organisé selon la distinction entre assemblées extraordinaires (le droit de vote appartient au nu-proprétaire) et assemblées ordinaires (le droit de vote appartient à l'usufruitier). Bien que ces dispositions sur le droit de vote soient de droit supplétif, la dérogation possible ne se fait pas par conventions entre les parties, mais nécessite une clause statutaire (1844 al. 4 C.civ., L225-110 C.com.) ; de la sorte, la liberté contractuelle des parties subit une première restriction, le partage du pouvoir de vote entre l'usufruitier et le nu-proprétaire n'étant pas une affaire seulement entre eux, mais une question concernant la collectivité des associés ou actionnaires ; toutefois, la doctrine accepte, même avec hésitation, la possibilité des statuts de confier aux parties la régulation de ce sujet ainsi que la possibilité pour l'usufruitier de donner dans le silence des statuts un mandat au nu-proprétaire<sup>1875</sup>. La question s'est posée d'ailleurs de préciser si l'usufruitier possède la qualité d'associé et les droits irréductibles, d'ordre public, de ce dernier, cette attribution de la qualité d'associé à l'usufruitier étant même aujourd'hui contestée ; la proposition a ainsi été avancée (par le Pr. M. Storck) d'une reconnaissance expresse dans la loi de la qualité d'associé à l'usufruitier

---

mais qui n'est pas un fragment de la propriété), l'usufruitier des droits sociaux étant un détenteur provisoire des droits d'associé.

<sup>1873</sup> J. Prieur- J.-P. Ferret - F. Roussel, *ibid.*

<sup>1874</sup> Ainsi A. Pietrancosta, *article précité.*

<sup>1875</sup> V. sur ce dispositif M. Cozian, A. Viandier-FI. Deboissy, nos 330 suiv., 701, M. Germain-V. Magnier in *Traité de Ripert-Roblot*, nos 1086, 1565.

aussi<sup>1876</sup>. Une question liée à la question précédente et qui a préoccupé beaucoup la jurisprudence française à l'occasion des différents montages de démembrement des droits sociaux a été celle des limites d'ordre public sociétaire du partage statutaire du droit de vote entre associé et nu-proprétaire. Selon l'étape actuelle de la jurisprudence française telle qu'interprétée par la doctrine semblant majoritaire, serait licite la clause statutaire attribuant l'ensemble du droit de vote à l'usufruitier, mais le nu-proprétaire, maintenant toujours la qualité d'associé, a un droit d'ordre public de participer aux débats dans les assemblées et l'exercice du droit de vote par l'usufruitier peut être sanctionné sur le fondement de l'abus de droit ; serait ainsi illicite une clause statutaire qui imposerait la représentation dans toutes les assemblées du nu-proprétaire par l'usufruitier, car une telle clause serait contraire au droit du nu-proprétaire de participer aux décisions collectives. Serait d'autre part illicite sur le fondement du droit commun des biens et de son ordre public la clause statutaire qui exclurait l'usufruitier du droit de vote quant aux décisions concernant les bénéficiaires, car une telle clause subordonnerait à la seule volonté du nu-proprétaire le droit d'user du bien grevé d'usufruit et d'en percevoir les fruits, tandis que ces prérogatives essentielles appartiennent selon la loi à l'usufruitier. Ces solutions sont favorables aux montages organisant des transferts de pouvoir par le biais de constitution d'usufruit car elles permettent l'octroi de l'ensemble du droit de vote à l'usufruitier, elles ne sont pas pourtant incontestables dans la doctrine française<sup>1877</sup>. Le droit français a aussi introduit une disposition de droit supplétif concernant le droit préférentiel de souscription attaché aux actions en cas d'augmentation du capital en numéraire (art. L225-140 – le droit préférentiel de souscription appartient au nu-proprétaire et les titres nouveaux acquis par lui sont eux aussi démembrés, la nue-proprété sur eux appartenant au nu-proprétaire des titres anciens et leur usufruit à

---

<sup>1876</sup> V. sur cette question notamment M. Cozian, -A. Viandier- Fl. Deboissy, no 334, F. Zenati, op. cit, nos 183 suiv., avec l'évolution du droit français en la matière, M. Germain-V. Magnier in *Traité de Ripert-Roblot*, no 1086 et le commentaire de l'art. 1844 C.civ. par J-P Valuet- A. Lienhard in « *Code des sociétés Dalloz* », éd. 2010. Traditionnellement la doctrine dominante reconnaissait la qualité d'associé seulement au nu-proprétaire. La question de la qualité d'associé a des conséquences pratiques notamment pour ce qui concerne le droit d'exiger une expertise de gestion mais aussi pour ce qui concerne le droit fiscal. Pour la reconnaissance expresse par la loi de la qualité d'associé aussi bien à l'usufruitier qu'au nu-proprétaire v. M. Storck in « *Quatre vingt ans de la Semaine juridique* », 2008, p. 80.

<sup>1877</sup> V. notamment les arrêts de la Chambre commerciale de la Cour de cassation Gaste, 4 janvier 1994, *Défrenois* 1994, 556 obs. P. Le Cannu, *Dr. des sociétés* 1994, no 46, obs. Th. Bonneau, *Château d' Yquem*, 9 févr. 1999. *Dr. des sociétés*, no 67, note Th. Bonneau, 31 mars 2004, *Dr. des sociétés* 2004 no 107, note H. Hovasse, *Rev. soc.* 2004, 317, note P. Le Cannu, *Dr. et patr.* Juill.-août 2004, no 110, note D. Porracchia, 2 déc. 2008, *Banque et droit*, janv.- févr. 2009, 49, obs. M. Storck, *Dr. sociétés* 2009, no 46, note M-L Coquelet. V. sur ces questions R. Kaddouch « *L'usufruit des droits sociaux, technique de transfert du droit de vote* », *Bull. Joly* 2004, p. 189 et le commentaire des art. 1844 C.civ., L225-110 C.com. par J-P Valuet - A. Lienhard in « *Code des sociétés Dalloz* », éd. 2010.

l'usufruitier des titres anciens, si le nu-proprétaire néglige d'exercer son droit, l'usufruitier peut se substituer à ce dernier, tout cela sauf convention contraire des parties). En tout cas, si l'essentiel des questions concernant le démembrement des droits sociaux ne concerne pas l'illicéité de principe des montages en cause, mais les limites d'ordre public dans le partage des attributs d'associé, on ne doit pas oublier qu'il y a des démembrements de propriété en eux-mêmes juridiquement douteux, comme par exemple celui du démembrement ab initio des droits sociaux d'une société à la suite des apports en numéraire, dans le but de faire l'économie juridique et fiscale des actes de donation de la nue-proprété<sup>1878</sup>. Comme nous avons suggéré ci-dessus, le démembrement de propriété est aussi souvent utilisé dans la pratique française en combinaison avec l'instrumentalisation des structures sociétaires avec le recours à une société holding (v. infra, Titre II). Il est aussi à noter que les actions admises aux négociations sur un marché réglementé dont une personne détient l'usufruit sont prises en compte pour le calcul de franchissement des seuils déclenchant les obligations de notification et éventuellement de dépôt d'une offre publique par cette personne (art. L233-9 C. com., L433-3 C. mon. fin.). Un autre démembrement de propriété classique de droits sociaux, celui du nantissement, notamment d'actions, bien que reconnu bien sûr en droit français, ne semble pas avoir fait particulièrement l'objet d'une étude comme montage, le débiteur ayant octroyé un nantissement sur ses droits sociaux maintenant en tout cas le droit d'assister et de voter aux assemblées ; est pourtant possible l'octroi par le débiteur d'un mandat au créancier nanti, si ce dernier est actionnaire<sup>1879</sup>.

En Grèce, l'utilisation de l'usufruit comme montage en droit des sociétés est loin d'être exploitée au degré de son exploitation par la pratique française. On rencontre toutefois assez souvent la version la plus simple, à savoir celle de la donation ou parfois vente de la nue-proprété sur la majorité de ses droits sociaux par le père de famille contrôlant la société à ses enfants avec maintien par lui de l'usufruit, comme étape dans la succession au pouvoir, mais aussi à raison des avantages fiscaux de ce procédé comme moyen de transfert de propriété avec l'extinction de l'usufruit après décès du maître de l'affaire par rapport à la transmission universelle de la pleine propriété sur les droits sociaux après sa

---

<sup>1878</sup> Sur ce montage, v. J.-P. Garçon « Un montage inquiétant : le démembrement ab initio du capital social souscrit en numéraire », JCP N, 2003, p. 1734 suiv., avec le caractère problématique de cette opération du point de vue du droit des sociétés et du droit des biens.

<sup>1879</sup> V. M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy nos 701, 757, M. Germain-V. Magnier in Traité de Ripert-Roblot nos 1565, 2126.



disparition<sup>1880</sup> ; on rencontre aussi parfois la convention extrastatutaire entre le père de famille qui maintient l'usufruit et le nu-propiétaire par le biais de laquelle le premier s'engage à permettre l'exercice de ses droits dans la société et notamment de son droit de vote par le second, qui détient les actions, avec comme résultat que l'usufruitier s'aliène du pouvoir<sup>1881</sup>. En tout cas, l'usufruit sur droits sociaux et notamment sur actions est sans aucun doute licite dans son principe, comme en droit français. La doctrine grecque relève pourtant, comme celle française, la tension qui existe entre le droit des sociétés et le droit des biens en matière d'usufruit sur droits sociaux, comme d'une part l'usufruitier ne peut pas être associé car il n'a pas effectué un apport, tandis que d'autre part le usus et fructus du bien grevé de l'usufruit que le droit des biens attribue à l'usufruitier amènent au transfert des droits d'associé et notamment du droit de vote à l'usufruitier<sup>1882</sup>. Le droit grec ne contient pas une disposition de portée générale sur la question de l'usufruit sur droits sociaux, à la différence du droit français, avec comme conséquence des différences importantes entre les différents types sociaux. Ainsi, l'usufruit sur les participations sociales des sociétés de personnes est un usufruit sur un droit patrimonial, un tel usufruit étant en général reconnu par le droit grec (art. 1182 AK), constitué sans obligation de respect de forme<sup>1883</sup>. Mais la constitution d'un usufruit sur la participation sociale suppose la libre transmissibilité –statutaire ou avec consentement unanime des associés- de cette participation qui est pour le droit grec en principe mais de droit supplétif intransmissible, le régime de la constitution de l'usufruit étant ainsi aligné sur la problématique de la cession des droits sociaux des sociétés de personnes (v. supra Partie I). A défaut de réglementation légale générale du partage du pouvoir politique entre nu-propiétaire et usufruitier, à la différence du droit français, l'usufruitier ne peut exercer les droits politiques de la participation sociale que sur le fondement d'une procuration de la part du nu-propiétaire, situation juridique qui n'est pas bien sûr favorable pour le développement de montages avec utilisation du démembrement des participations sociales des sociétés de personnes grecques, comme la procuration est révocable par l'associé à tout moment (mais des restrictions conventionnelles à ce droit sont possibles, comme la procuration concerne aussi l'intérêt de son titulaire, à savoir l'usufruitier –art. 218 AK –v. supra sur la possibilité d'octroi

---

<sup>1880</sup> V. (en grec) L. Kotsiris « L'exercice du droit de vote en cas de constitution d'usufruit sur actions nominatives », consultation, EEmpD 2002, p. 221, E. Skalidis « Propriété d'actions nominatives de société anonyme fermée, non cotée, séparée de leur usufruit », DEE 2007, p. 277.

<sup>1881</sup> E. Skalidis, op. cit., p. 217.

<sup>1882</sup> L. Kotsiris, op. cit., p. 222.

<sup>1883</sup> V. V. Antonopoulos, manuel sur les sociétés de personnes, p. 122.

d'une procuration irrévocable en droit grec et ses limites)<sup>1884</sup>. Pour les parts sociales des EPE, la constitution de l'usufruit doit être réputée en principe libre, comme la transmission des parts, les statuts pouvant pourtant imposer des restrictions allant jusqu'à la prohibition de constitution de l'usufruit (v. supra sur la transmission des parts des EPE). La constitution de l'usufruit sur les parts des EPE se fait impérativement par acte notarié, nécessite le respect des formalités de publicité imposées par la loi pour la transmission des parts et elle est opposable à la société par inscription au livre des associés ; le droit de vote est réputé appartenir à l'usufruitier en servant le droit réel de ce dernier, qui pourtant ne devient pas associé, un accord contraire de maintien du droit de vote par le nu-propiétaire étant possible<sup>1885</sup>. Pour ce qui concerne les actions matérialisées dans les sociétés grecques non cotées, la constitution de l'usufruit se fait comme pour les biens meubles corporels, avec convention des parties et tradition de la possession, l'inscription au livre des actionnaires étant en plus nécessaire pour l'opposabilité à la société de l'usufruit sur les actions nominatives (1176, 1143, 1034 AK, 8b L2190/1920) ; pour les actions des sociétés cotées dématérialisées, la constitution de l'usufruit se fait comme usufruit sur droit patrimonial (1182 AK), avec accord écrit ad solemnitatem des parties, signification de l'écrit à la personne qui tient le système des actions dématérialisées et inscription au système, cette inscription ayant des effets erga omnes<sup>1886</sup>. Pour ce qui concerne les droits politiques en cas d'usufruit sur actions, la problématique du droit grec est très différente de celle du droit français : le Code grec de 1946 (AK) prévoit ainsi que l'usufruitier a le droit de participer aux assemblées, la loi reconnaissant toutefois la possibilité d'une convention contraire (art. 1177 AK) ; pour la loi sur les AE, le droit de vote peut rester au nu-propiétaire selon la convention des parties, sauf prévision contraire des statuts originaux ou modifiés (art. 30a § 2 L2190/1920, disposition introduite en 1962)<sup>1887</sup>. Il résulte de la combinaison de ces deux articles un régime de principe de possession du droit de vote par l'usufruitier, régime de droit supplétif, pouvant être modifié par une convention entre nu-propiétaire et usufruitier,

---

<sup>1884</sup> N. Rokas, manuel précité, p. 95. V. pourtant V. Antonopoulos, *ibid*, parlant de la possibilité de confier soit par clause statutaire soit par décision des statuts à l'usufruitier la gérance de la société ; mais dans les sociétés de personnes grecques vaut le principe d'ordre public d'autogestion par les associés (v. supra), et l'usufruitier n'a pas la qualité d'associé (ainsi V. Antonopoulos, *ibid*), de sorte qu'il ne semble pas possible de lui reconnaître la possibilité de devenir gérant.

<sup>1885</sup> V. Antonopoulos, *op. cit.*, p. 539-540, 551, 553.

<sup>1886</sup> Sur le régime de l'usufruit sur actions v. V. Antonopoulos, *op. cit.*, p. 305-306, N. Rokas, manuel précité, p. 386-387, N. Vervessos in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 2A, p. 351 suiv., Th. Skouras, même ouvrage, t. 4, p. 131 suiv., et les articles précités des Professeurs L. Kotsiris et E. Skalidis.

<sup>1887</sup> Sur l'histoire du dispositif grec et les difficultés avant l'introduction en 1962 de l'art. 30a v. L. Kotsiris, *op. cit.*, p. 223-224.

sous réserve toutefois de l'exercice du pouvoir privé normatif des statuts prohibant une telle modification<sup>1888</sup>. Le régime grec de principe n'est pas ainsi un régime de partage des droits politiques entre usufruitier et nu-proprétaire, à la différence du droit français, et le droit grec semble envisager l'ensemble des droits politiques comme un tout, appartenant soit à l'usufruitier soit au nu-proprétaire, solution qui vide de sens les recherches sur le « noyau dur » et d'ordre public des droits de chacune des parties dans le partage des droits politiques qui ont tant préoccupé la jurisprudence et la doctrine françaises ; l'exercice du droit de vote par l'usufruitier signifie ainsi logiquement suppression du droit du nu-proprétaire de participer aux assemblées et sa privation des autres droits politiques accessoires au droit de vote, et inversement, en cas de convention contraire non prohibée par les statuts<sup>1889</sup>. Ces solutions sont favorables aux montages éventuels organisant le transfert du pouvoir politique à l'usufruitier. Est toutefois débattue dans la doctrine grecque la question de la validité et des effets d'une clause statutaire qui prohiberait l'exercice du droit de vote par l'usufruitier : certains auteurs croient ainsi que la loi ne donne pas ce pouvoir aux statuts, une telle clause pouvant de la sorte avoir seulement nature extrastatutaire avec effets relatifs entre actionnaires, sans impact sur la convention contraire entre nu-proprétaire et usufruitier (v. supra sur le contenu extrastatutaire des statuts en droit grec), tandis que d'autres, dont l'opinion semble dominante, croient sur le fondement de l'art. 1177 AK qu'une pareille clause statutaire serait parfaitement valable et rendrait nulle –de nullité absolue- toute convention contraire entre nu-proprétaire et usufruitier, sans pourtant mettre en cause la validité de la constitution de l'usufruit elle-même, par application

---

<sup>1888</sup> La nature juridique de l'exercice du droit de vote par l'usufruitier ne fait pas l'unanimité dans la doctrine grecque. L'opinion dominante admet qu'il s'agit d'un droit propre de l'usufruitier, tandis que selon une autre opinion il s'agit d'une autorisation ex lege à l'usufruitier d'exercer le droit de vote, sur l'argument de l'indivisibilité des droits de l'actionnaire ) v. Th. Skouras, op. cit., p. 141.

<sup>1889</sup> V. p. ex. E. Skalidis, op. cit., p. 283, considérant qu'avec la constitution de l'usufruit les droits politiques de l'actionnaire sont transférés à l'usufruitier, Th. Skouras, op. cit., p. 135, soutenant que le droit de l'actionnaire après la constitution de l'usufruit reste essentiellement nu comme « droit maternel ». Sur les droits politiques accessoires au droit de vote de l'usufruitier v. E. Skalidis, op. cit., p. 283-284, Th. Skouras, op. cit., p. 145, notamment le droit d'invoquer la nullité ou annulabilité des décisions de l'assemblée, le droit de faire inscrire ses opinions au compte rendu de l'assemblée, le droit de nommer des membres du conseil, si les statuts prévoient un tel droit, le droit de demander le contrôle de la société, l'exercice des droits de minorité. Pour ce qui concerne le droit préférentiel de souscription, garantissant la « position dynamique » de l'actionnaire et de l'usufruitier dans la société (v. supra, Partie I), l'opinion dominante admet que ce droit n'est pas un fruit de l'action, les nouvelles actions appartenant ainsi au nu-proprétaire, mais le droit préférentiel appartient à l'usufruitier, comme le droit en cause découle du rapport d'actionnaire et l'augmentation du capital pourrait autrement aboutir à une diminution relative de la position de l'usufruitier dans la société, ce dernier acquérant en cas d'exercice du droit de souscription seulement l'usufruit sur les nouvelles actions – v. E. Skalidis, op. cit., p. 283, N. Vervessos, op. cit., p.353.

de la théorie des nullités partielles (182 AK)<sup>1890</sup>. Mais ce qui est sûr est que, si les statuts restent muets, les parties peuvent convenir que l'ensemble du droit de vote demeurera au nu-proprétaire, à la différence de la solution du droit français ; pourtant, comme la nature d'un tel accord est débattue dans la doctrine, la stabilité du montage d'une aliénation essentielle du pouvoir au profit du donataire de la nue-proprété par le biais de l'octroi à ce dernier du droit de vote reste incertaine<sup>1891</sup>. En plus, à la différence de la conception qui semble dominante en France, la constitution d'un usufruit sur actions nominatives avec transfert total ou partiel du droit de vote à l'usufruitier nécessite en cas de clause statutaire d'agrément l'approbation de la société, parce que du transfert du droit de vote résulte un bouleversement des équilibres au sein de la société que la clause d'agrément a entendu protéger, l'usufruit étant ainsi dans ce cas assimilé à une transmission des actions au sens de l'art. 3 L2190/1920 (v. supra) ; cette solution peut mettre des obstacles dans les sociétés anonymes grecques avec clause statutaire d'agrément aux montages tendant à changer les équilibres politiques au sein de la société par le biais de l'usufruit<sup>1892</sup>. Mais de tous ces développements, il résulte que globalement la question du partage des droits politiques entre usufruitier et nu-proprétaire est davantage laissée en droit grec qu'en droit français au domaine de l'autonomie privée, chose qui facilite la régulation par les particuliers de leurs relations comme ils le veulent, toujours pourtant avec un rôle important des statuts

---

<sup>1890</sup> Pour la première opinion v. V. Antonopoulos, op. cit., p. 306. Pour la seconde v. L. Kotsiris, consultation précitée. Pour cette seconde opinion, la donation de la nue-proprété avec maintien de l'usufruit est une double opération de donation de la pleine propriété avec par la suite constitution d'usufruit par convention entre l'ancien et le nouveau propriétaire, et de la sorte est applicable à cette opération la clause statutaire réglementant le sort du droit de vote pour le cas de constitution d'usufruit par l'actionnaire – v. L. Kotsiris, op. cit., p. 224. Selon ce point de vue, la nullité absolue signifie que la convention de privation de l'usufruitier de son droit de vote au profit du nu-proprétaire qui serait prohibée par les statuts ne serait pas valable même comme convention de vote engageant le nu-proprétaire de voter selon les instructions de l'usufruitier, mais le premier doit prendre compte en votant des intérêts du second – L. Kotsiris, op. cit., p. 228.

<sup>1891</sup> La nature juridique de la convention par laquelle le droit de vote de l'action grevée d'usufruit appartient au nu-proprétaire est débattue, étant pour les uns essentiellement renonciation de l'usufruitier au droit de vote, qui de la sorte revient à son titulaire naturel, le propriétaire de l'action (ainsi Th. Skouras, op. cit., p. 141), tandis que pour d'autres il s'agit d'une convention relevant du droit des obligations avec effet relatif, inopposable en cas de transmission de l'usufruit au nouveau titulaire (E. Skalidis, op. cit., p. 284). Selon ce dernier point de vue, en cas d'une telle convention une société civile est créée entre nu-proprétaire et usufruitier, le dernier ayant selon les dispositions de l'AK sur la société civile un droit de résiliation unilatérale à tout moment si l'usufruit est à durée indéterminée et notamment à vie – v. E. Skalidis, op. cit., p. 285. La transmission de l'usufruit à un autre (p. ex. un autre enfant) équivaut selon ce même point de vue résiliation tacite du pacte transférant le droit de vote des actions grevées d'usufruit au nu-proprétaire (surtout l'enfant auquel le père a voulu initialement transférer le pouvoir) – E. Skalidis, *ibid.*.

<sup>1892</sup> Sur l'applicabilité des clauses statutaires d'agrément en cas de constitution d'un usufruit sur les actions avec octroi du droit de vote à l'usufruitier v. (en grec) G. Sotiropoulos in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 1, p. 425.

exprimant le normatif et l'organisationnel comme limite à cette régulation. On devrait plus généralement considérer que des montages utilisant l'usufruit sur droits sociaux et notamment sur actions plus compliqués, comme ceux rencontrés en France, avec implication notamment de sociétés holdings, seraient en principe valables pour le droit grec, sur le fondement des principes de l'autonomie privée et de la liberté contractuelle, mais aussi sur celui du caractère abstrait (non causé) des opérations avec effet réel sur les biens meubles - dont les actions - en droit grec (v. supra, Partie I), sauf bien sûr utilisation de telles constructions pour des buts frauduleux. Il est à noter que selon la doctrine grecque la constitution d'un usufruit peut être une modalité d'exécution d'un pacte extra-statutaire, et de cette manière l'usufruit peut être impliqué à l'exécution de montages sociétaires<sup>1893</sup>. Est aussi reconnue en droit grec la possibilité de constitution de nantissement sur droits sociaux, sans toutefois disposition de portée générale du droit des sociétés en la matière<sup>1894</sup>. Il est à noter que pour le droit grec le droit de participation aux assemblées et de vote avec les actions nanties continue à appartenir au débiteur, mais une convention contraire entre les parties est valable et produit ses effets à l'égard de la société, sauf si les statuts –initiaux ou modifiés – la prohibent (art. 1245 AK, 30a L2190/1920). Le droit grec est de la sorte sur ce point plus libéral que celui français, en reconnaissant la possibilité de transfert par convention de droits découlant de l'action à un tiers, mais le pouvoir normatif privé des statuts avec leur logique organisationnel peut sur le fondement de la loi poser des limites à la liberté des parties d'effectuer un tel transfert, la clause d'agrément éventuelle existant dans les statuts étant aussi réputée applicable en cas de constitution de

---

<sup>1893</sup> M-Th. Marinos, monographie précitée, p. 58.

<sup>1894</sup> Pour ce qui concerne la constitution de nantissement sur les participations sociales dans les sociétés de personnes –toujours sous la condition que les statuts prévoient la libre transmissibilité de la participation sociale ou que les autres associés y consentent- v. V. Antonopoulos, op. cit., p. 122. Pour le nantissement des parts des EPE, ce nantissement est permis, si les statuts ne prévoient pas l'intransmissibilité des parts, mais sa constitution nécessite un acte notarié et le respect des conditions de publicité de l'art. 8 L 3190/1920, et son opposabilité à la société nécessite son inscription au livre des associés –v. V. Antonopoulos, op., cit., p. 540, N. Vervessos, op. cit., p. 354 suiv.. Pour ce qui concerne les actions matérialisées, le nantissement est constitué comme pour les biens meubles corporels, avec accord des parties revêtu la forme notariée ou au seing privé avec date certaine et tradition du titre au créancier, l'inscription au livre des actionnaires étant en plus nécessaire pour l'opposabilité du nantissement à la société dans le cas des actions nominatives (si les actions nominatives sont grevées d'une clause d'agrément, l'agrément de la société est en plus nécessaire). Pour ce qui concerne les actions cotées dématérialisées, il s'agit de nantissement de créance (art. 1247 AK), avec besoin, comme en cas d'usufruit, de rédaction d'un écrit, signification de ce dernier au teneur du système et inscription au système, l'inscription produisant des effets erga omnes. V. V. Antonopoulos, op. cit., p. 306-307.

nantissement sur actions avec octroi du droit de vote au créancier nanti<sup>1895</sup>. Il est à noter aussi que le nantissement d'actions, avec le régime d'incorporation à un support papier des actions non cotées en droit grec et de leur traitement comme biens meubles corporels (v. supra, Partie I), en combinaison avec les dispositions du droit international privé grec sur le droit applicable aux conventions avec effet réel sur biens meubles corporels (art. 27 AK, renvoyant pour ce qui concerne le droit applicable aux droits réels sur choses corporelles (pragmata) au droit du lieu où ces choses se trouvent), peuvent aboutir à l'application d'un droit étranger donnant au créancier nanti davantage de droits que le droit grec ne lui reconnaîtrait, notamment un droit de vendre les actions sans les formalités du droit grec des voies d'exécution, l'application de ce dernier étant impérative pour la vente du bien nanti selon le droit grec. Cette possibilité d'implication d'un droit étranger peut être acceptable dans le cas de transactions internationales garanties par des nantissements sur des actions de sociétés grecques, il est pourtant évident qu'elle ouvre aussi la voie à des tentatives de montages de fraude à la loi grecque sur le nantissement –y compris le nantissement des actions-, avec introduction d'un élément artificiel d'extranéité amenant à l'application du droit étranger voulu. Il est aussi à noter que dans le cadre du montage de constitution de sociétés pseudo-étrangères (sociétés constituées selon une loi étrangère, mais ayant leur siège réel en Grèce –v. supra) l'application du droit étranger du lieu de constitution comme *lex societatis* peut donner davantage de droits au sein de la société au créancier ayant acquis un nantissement sur actions que le droit grec ne reconnaîtrait. Mais on doit admettre à l'occasion de ces montages d'une part que le droit grec demeure applicable pour les relations internes de ces sociétés (v. supra plus généralement sur le traitement des sociétés pseudo-étrangères par le droit grec), d'autre part que selon ce droit et son ordre public sociétaire le créancier nanti ne peut exercer ses droits de vote dans son intérêt personnel et d'une façon contraire à l'intérêt social, en procédant p. ex. au remplacement des administrateurs et à l'élection d'autres dans le but de provoquer le désistement de la société à ses droits dans le cadre d'un litige l'opposant à lui ; de la sorte, le droit de l'organisation qu'est la société introduit des limites à la liberté des parties au contrat de nantissement de transférer les droits politiques résultant des actions au créancier nanti. Un tel montage de

---

<sup>1895</sup> V. sur l'applicabilité des clauses statutaires d'agrément en cas de constitution de nantissement sur actions avec octroi du droit de vote au créancier nanti (si les statuts ne prohibent pas un tel transfert) v. G. Sotiropoulos, *ibid*, p. 425. Sur le partage des droits politiques entre l'actionnaire et son créancier nanti v. Th. Skouras, *op. cit.*, p. 138 suiv., N. Vervessos, *op. cit.*, p. 355-356, et sur la nature du droit que ce dernier acquiert par la convention lui permettant d'exercer le droit de vote v. Th. Skouras, *op. cit.*, p. 139-140 (selon cet auteur, il ne s'agit pas de séparation du droit du vote ou de droit réel, mais d'octroi par l'actionnaire d'une *exouciodontici* irrévocable–v. supra sur le sens du terme- au créancier nanti).

contournement du droit grec par la constitution d'une société pseudo-étrangère à navire unique, avec constitution de nantissement de ses actions par les propriétaires grecs au profit d'une banque new-yorkaise selon le droit de New-York combinée avec l'octroi par les débiteurs actionnaires à la même banque d'une sûreté pour leur dette personnelle directement sur le navire de la société, a donné l'occasion pour un arrêt important d'Areios Pagos à la fin des années 1980, arrêt qui a invoqué l'intérêt social pour déjouer les agissements du créancier nanti (vente simulée des actions nanties par la banque américaine à un tiers et utilisation par le nouveau propriétaire simulé de son droit de vote pour révoquer les administrateurs en place et nommer des administrateurs nouveaux, qui allaient désister au nom de la société aux moyens de recours de cette dernière contre la saisie en Grèce de son navire par la banque)<sup>1896</sup>. La constitution d'un nantissement sur

---

<sup>1896</sup> V. Areios Pagos 597/1989, précité. Dans le cadre de cette affaire les actionnaires grecs d'une société panaméenne –évidemment ayant son siège réel en Grèce- avaient octroyé à une banque américaine pour une dette personnelle une hypothèque maritime sur le navire de leur société et un nantissement sur les actions de la société selon le droit de l'Etat de New York, lieu d'achèvement de la conclusion du contrat de constitution du nantissement avec la signature de l'écrit par les représentants de la banque et la tradition des titres. Selon le droit de New York, le créancier nanti a le droit de vendre la chose sans respect de formalités et sans enchère publique. Les parties ont aussi convenu que la banque nantie aurait le droit de voter avec les actions dans les assemblées de la société comme si elle était propriétaire, sur le fondement d'une procuration irrévocable de la part des débiteurs, cet accord étant valable selon le droit panaméen, droit du siège de constitution et statutaire. A la suite de retards au remboursement de la dette, la banque a saisi en Grèce le navire sur lequel elle avait un droit d'hypothèque maritime et l'a vendu aux enchères, avec comme conséquence l'ouverture de procès sur l'exécution devant les tribunaux grecs entre la banque et la société propriétaire du navire. Dans le cadre de ce litige, la banque américaine a fait usage de son droit de voter avec les actions nanties pour procéder à la révocation des administrateurs de la société – à savoir de ses débiteurs- et nommer de nouveaux administrateurs de la société évidemment servant ses intérêts. Par la suite, elle a vendu les actions à une société libérienne qui a à son tour nommé de nouveaux administrateurs, ces derniers ayant procédé en cette qualité au nom de la société propriétaire du navire à un désistement à ses voies de recours contre la saisie et vente forcée de son navire. Areios Pagos, la Cour de cassation grecque, a reconnu la validité de la constitution du nantissement sur les actions selon le droit de New York ainsi que la compétence du droit panaméen pour les relations internes de la société, en interprétant largement la loi 797/1978 sur le droit applicable aux sociétés propriétaires de navire avec le pavillon grec constituées à l'étranger (v. supra sur l'exclusion pour ces sociétés du système du siège réel pour ce qui concerne le droit qui est applicable à leur constitution et capacité juridique) et a de la sorte exclu l'application du droit grec en la matière. Il a pourtant considéré que la convention entre les parties ne prévoyait pas un droit du créancier de voter dans les assemblées contre l'intérêt social, comme c'est le cas pour le vote donné dans le but d'annihiler la protection judiciaire de la société, et a annulé de la sorte pour dépassement des pouvoirs de procuration la révocation des administrateurs par la banque américaine comme ayant comme but la renonciation de la société à son droit de protection judiciaire. Les juges ont en plus considéré que la vente des actions à la société libérienne était simulée, effectuée dans le seul but de permettre la renonciation de la société propriétaire de navire à ses voies de recours sans que cela ne survienne ouvertement par les administrateurs nommés par la banque partie au procès, et elle a annulé ainsi les décisions prises par la société libérienne, parce que cette dernière n'était pas le propriétaire réel des actions. La solution de cet arrêt va dans le bon sens, il serait pourtant préférable de fonder la

actions peut être, comme l'usufruit, une modalité d'exécution des pactes extrastatutaires et être de la sorte impliquée à l'exécution de montages sociétaires<sup>1897</sup>. Aspect important pour ce qui concerne les démembrements de propriété des actions cotées, le droit grec des marchés financiers prévoit que les droits de vote résultant d'actions admises aux négociations sur un marché réglementé possédés soit au titre de sûreté (si le possesseur a le droit vote et a exprimé son intention de l'exercer), soit au titre d'un usufruit à vie sont pris en compte pour le calcul des franchissements des seuils déclenchant des obligations impératives d'information (art. 10 L3556/2007) ou même l'obligation d'une offre publique par la personne ayant franchi le seuil critique prévu par la loi ( 7 L3461/2006), selon ce dernier article si le détenteur des droits de vote à titre de sûreté ou d'usufruit peut les exercer à sa discrétion ( v. supra, Partie I). Pour ce qui concerne la forme sociale spéciale de société maritime, la loi grecque prévoit une prohibition de principe d'acquisition de droits réels sur ses actions par des ressortissants ou personnes morales de pays qui ne sont pas membres de l'Union européenne ou n'appartiennent pas à l'Espace économique européen, dans le but de faire échec à des tentatives de contournement du dispositif d'ordre public des conditions d'acquisition par un navire du pavillon grec (art. 5 KDND- Code grec de droit maritime public- v. infra, art. 10 par. 1 L959/1979 sur les sociétés maritimes) – mais pour ce qui concerne les démembrements de propriété, la loi permet expressément l'octroi au profit de personnes « extra-européennes » de nantissement sur les actions de la société maritime dans le but de garantir leurs créances sur cette dernière (10 par. 4 L959/1979)<sup>1898</sup>.

### **C. Les conventions autour de la cession du contrôle d'une société comme montages**

---

nullité de la décision de révocation des administrateurs prise par le vote de la banque non sur l'interprétation de la convention entre les parties en combinaison avec les prévisions du droit panaméen, mais sur l'application du droit grec et de sa conception sur l'intérêt social aux relations internes de la société, qui avait évidemment son siège réel en Grèce et ressortissait du droit grec (ainsi la jurisprudence postérieure, qui restreint le champ d'application de la loi 797/1978 à la question de la constitution de la société – v. supra).

<sup>1897</sup> M-Th. Marinos, *ibid.*

<sup>1898</sup> Ainsi, selon une interprétation restrictive de la lettre de la loi sur les titulaires potentiels du nantissement, A. Kiantou- Pambouki, « Droit maritime », t. 1, p. 176-177. Pour cet auteur, l'exclusion par l'art. 59 L959/1979 de l'application en matière de la société maritime des dispositions de la loi 2190/1920 sur la société anonyme, dont l'art. 30a sur le nantissement d'actions et le sort du droit de vote des actions nantis (v. supra), aboutit à la conclusion que le droit de vote reste en tout cas au débiteur, vu d'ailleurs du caractère exceptionnel de l'octroi de nantissement au profit de personnes «extra-européennes ».



### Raisons d'être, qualification de montage et typologie de ces conventions

La cession du contrôle d'une société - notamment d'une société anonyme - à un tiers par le biais de la cession d'un bloc de contrôle peut poser d'importants problèmes juridiques et économiques<sup>1899</sup>. La question essentielle dans les relations des parties est celle de la valeur réelle du bloc de contrôle et de l'étendue de la garantie éventuelle du cédant pour cette valeur. Le problème juridique existant est que la cession du bloc de contrôle vise essentiellement à la cession de l'entreprise sociétaire ou mieux du contrôle sur cette entreprise, tandis que la personnalité morale de la société dont le contrôle est cédé met un écran entre cette entreprise (dont la « propriété » appartient exactement en droit à la personne morale de la société) et les associés ou actionnaires qui ont juridiquement seulement des participations dans la société ; la cession du contrôle consiste ainsi exactement à la cession de ces participations, non à une cession directement de l'entreprise elle-même. Il en résulte ainsi que, en dehors du cas éventuel de vices des droits sociaux eux-mêmes comme droits de participation dans la société, l'application des dispositifs des deux droits sous comparaison sur les garanties –largement objectives, sans exigence de faute- du vendeur en cas de défauts de l'entreprise dont le contrôle est cédé (1625, 1641 C.civ., 534 AK) est très problématique dans le cas de cession de l'entreprise par le biais de la vente d'un bloc de contrôle, même si l'on considère résolus les problèmes de l'application de ces dispositifs aux cessions directes des entreprises comme telles<sup>1900</sup>. C'est parce que la

---

<sup>1899</sup> V. Y. Guyon, op. cit., n° 222, P. Mousseron, op. cit., n° 257 suiv., Th. Massart, « Le régime juridique de la cession de contrôle », thèse Paris II, 1995, J. Paillasseau-J.-J. Caussain,-H. Lasarski- P. Peyramaure « La cession d'entreprise », Litec 1999, 4e édition, J.-Ph. Dom, thèse précitée, n° et pour le droit grec, 10e Congrès de droit commercial « Le rachat d'entreprises », 2000, Nomiki Vivliothiki, notamment (en grec) Ph. Doris « La responsabilité du vendeur de bloc d'actions », E. Perakis « La morphologie des rachats », p. 15 suiv., du même « Partie générale du droit commercial », précité, p. 373 suiv.

<sup>1900</sup> Sur le dispositif français de garantie du vendeur (garantie d'éviction, garantie du fait d'autrui, garantie des vices cachés, cette dernière étant objective) v. F. Collart Dutilleul - Ph. Delebecque « Contrats civils et commerciaux », Dalloz 2002, 6<sup>e</sup> édition, nos 246 suiv. Sur la protection spéciale de l'acquéreur d'un fonds de commerce v. art. L141-1 C.com., avec introduction d'un dispositif d'information obligatoire par le vendeur et garantie par lui de l'exactitude de cette information, et supra dans notre étude à l'occasion de la comparaison entre l'exercice d'une entreprise à titre individuelle et sa mise en société, avec application pour le reste du dispositif de garantie de droit commun pour ce qui concerne la vente du fonds ; pourtant, comme nous avons vu supra, le fonds de commerce n'épuise pas l'entreprise dans son ensemble, une problématique de la vente de l'entreprise comme ensemble et des garanties en découlant pour le vendeur faisant défaut en droit français. Sur les garanties du vendeur du fonds (garantie d'éviction et des vices cachés) v. P. Didier, t. 1, éd. Economica, nos 379-380. Sur le dispositif grec de garantie du vendeur pour les vices juridiques (c'est la garantie du fait du tiers du droit français, mais, à la différence de ce dernier, elle est réputée par l'opinion dominante objective pour les vices juridiques existant au moment de la conclusion de la vente, indépendante de faute du vendeur) et matériels (c'est la garantie des vices cachés du droit français, de nature objective), ainsi que sur la garantie des qualités convenues de la chose vendue,

cession de participations sociales est réputée apparentée davantage à la cession de créance, dans laquelle le cédant à titre onéreux est tenu ex lege aussi bien en droit français qu'en droit grec seulement pour l'existence de la créance cédée, non de la valeur réelle de la créance et notamment de la solvabilité du débiteur (1693-1694 C. civ., 467, 470 AK, ce dernier article prévoyant que les dispositions sur la cession de créance sont applicables pour la cession de tout autre droit subjectif pour laquelle le droit ne prévoit pas quelque chose d'autre), et ne peut pas être juridiquement identifiée à la cession directe de l'entreprise sociale. En effet, la nature juridique des droits sociaux et de leurs aspects – droits politiques et droits patrimoniaux- dans la société les fait ressembler plutôt aux droits de créances avec leur effet relatif et indirect (bien que la ressemblance soit limitée, comme l'associé a un droit de participation dans la société et n'est pas qu'un créancier de cette dernière) et les distingue des droits réels sur l'ensemble des biens qui, avec d'autres relations juridiques et réelles, constituent l'entreprise sociétaire, dont « propriétaire » est la société ; il s'agit d'un aspect de l'évolution de la personnification des sociétés et de leur différenciation par rapport à l'indivision, aboutissant dans les formes sociales développées à une double segmentation des risques, un processus dans lequel l'ordre public sociétaire a joué un rôle important (v. supra, Partie I, sur la personnification des sociétés et le rôle de l'ordre public en la matière, aussi bien pour les conditions de l'acquisition de la personnalité morale des sociétés que pour le respect de la séparation entre société et associés, notamment dans les sociétés de capitaux). Il est pourtant vrai qu'une opinion dans la

---

dispositif ayant comme modèle celui du droit allemand, non pourtant sans différences, v. (en grec) Ap. Georgiadis « Droit spécial des obligations », t. 1, p. 47-51, 75 suiv. En cas de vices de la chose vendue ou d'absence d'une qualité convenue, le droit grec (art. 540 suiv. AK) donne à l'acheteur indépendamment de la faute du vendeur une option entre un droit de réparation ou de remplacement de la chose défectueuse, la réduction du prix et la résolution de la vente (avec des effets relatifs), le tribunal pouvant pourtant exclure la résolution, s'il juge que les circonstances ne la justifient pas. En cas de faute du vendeur pour le vice matériel, il y a aussi droit de l'acheteur à des dommages intérêts, comme c'est aussi le cas indépendamment de faute si une qualité convenue fait défaut au moment de la conclusion de la vente. Sur la vente de l'entreprise en droit grec (par un acte créateur d'obligation unique suivi d'une pluralité d'actes juridiques de transfert de propriété, chacun selon le statut juridique de chaque bien appartenant à l'entreprise) v. Ap. Georgiadis, op. cit., p. 201 suiv. ; sur la problématique de la garantie du vendeur de l'entreprise pour ses vices juridiques et matériels et le sens des vices matériels de l'entreprise elle-même, avec les difficultés y rattachées, notamment pour la distinction entre vices des éléments formant l'entreprise et vices de l'entreprise elle-même et l'application analogique des dispositions du Code grec sur la vente d'une chose (pragma), problématique largement inspirée par le débat sur ces questions en Allemagne, v. Ap. Georgiadis, op. cit., p. 204 suiv., A. Valtoudis (en grec) « La vente d'entreprise », éd. Sakkoula 2005, p. 205 suiv., P. Panagiotou « La transmission d'entreprise et la responsabilité pour ses dettes », Nomiki Vivliothili 2011. Selon le Pr. Perakis –« Partie générale du droit commercial », p. 376-, la résolution de la vente de l'entreprise ne sera admise en cas de vices de l'entreprise vendue qu'à titre exceptionnel, le droit normal de l'acheteur de l'entreprise étant la réduction du prix.

doctrine grecque qui semble dominante, reprenant une problématique développée d'abord en Allemagne, assimile pour les sociétés non cotées la cession d'un bloc majoritaire offrant à l'acquéreur le contrôle absolu dans la société à la cession de l'entreprise elle-même sur le fondement de la volonté présumée des parties de donner un tel caractère à la cession du contrôle, en appliquant à cette dernière par analogie le régime du droit grec de la garantie par le vendeur des vices juridiques et matériels de la chose vendue (la « chose » dans ce cas est l'entreprise, qui pourtant en droit grec ne forme pas un bien unique) ; cette opinion s'efforce d'appréhender la réalité derrière la forme juridique, en voyant sous la cession du contrôle sociétair la cession de la propriété économique de l'entreprise exploitée par la société, mais elle ne fait pas l'unanimité, comme on lui oppose l'argument de la séparation entre la personne morale de la société –propriétaire de l'entreprise – et les actionnaires, ainsi que celui de l'insécurité juridique en résultant, comme il n'est pas certain quel serait le pourcentage des actions dont la cession peut être assimilée à une cession d'entreprise<sup>1901</sup>.

---

<sup>1901</sup> Sur l'inapplicabilité de la garantie légale des vices cachés en cas de cession d'un bloc de contrôle d'une société v. F. Collart Dutilleul - Ph. Delebecque, op. cit., no 270, Y. Guyon, op. cit., no 213. Sur l'opinion soutenue par une partie importante dans la doctrine grecque, selon laquelle le cédant d'un bloc majoritaire de contrôle est tenu comme garant pour les vices juridiques et réels de l'entreprise sociétair, comme s'il s'agissait de cession directe d'entreprise, sur le fondement d'une application analogique des dispositions concernant la garantie des vices cachés. v. aussi Ap. Georgiadis, op. cit., p. 217-218, E. Perakis, op. cit., p. 378, A. Valtoudis « La vente d'entreprise », p. 249 suiv. (avec des développements par ce dernier auteur sur la responsabilité du vendeur de droits sociaux pour les vices portant sur les droits sociaux eux-mêmes, le défaut en principe de responsabilité du vendeur de droits sociaux pour les vices de l'entreprise elle-même, le contraire pouvant toutefois résulter de la convention des parties, y compris par voie d'interprétation, avec présentation et critique de l'opinion dominante selon laquelle dans les sociétés non cotées une telle volonté d'assimilation à une cession d'entreprise est présumée sans autre dans le cas de cession d'un bloc majoritaire de contrôle, avec des arguments pour cette critique tirés de la séparation de la société et de ses associés -dans ce cas de cession d'un bloc majoritaire il y a selon cet auteur seulement un indice que les parties ont voulu que leur opération porte essentiellement sur la cession de l'entreprise elle-même- et p. 261 suiv. sur le contenu de la garantie du vendeur d'entreprise en cas de vice réel de cette dernière). Il est à noter que l'opinion dominante semble exclure l'assimilation selon la volonté des parties de la cession du contrôle à une cession directe d'entreprise en cas de cession d'un bloc de contrôle d'une société cotée, en considérant que dans ce cas ce qui intéresse les contractants est la valeur boursière de l'entreprise –v. A. Valtoudis, op. cit., p. 255. Il n'y a pas d'autre part dans l'opinion dominante unanimité sur le minimum de pourcentage de droits sociaux assimilable à une cession d'entreprise ; ainsi, si la cession de l'ensemble des droits sociaux est facilement assimilée à une cession de l'entreprise sociétair elle-même, pour certains auteurs le pourcentage offrant le contrôle absolu est au moins de 51 pour cent, pour d'autres c'est un pourcentage permettant la modification des statuts, autrement dit pour les AE des deux tiers des actions, tandis que dans la doctrine allemande il y a des opinions qui exigent des pourcentages plus élevés. La prise du contrôle absolu est aussi appréciée en dehors du pourcentage minimum in concreto, en tenant compte des prévisions légales sur la forme sociale en cause, les clauses statutaires, mais aussi les pactes extrastatutaires. Il est aussi important que la doctrine tient compte pour l'acquisition d'un bloc de contrôle et l'engagement de la garantie du ou des vendeurs d'actes juridiques distincts, effectués avec un ou plusieurs vendeurs, s'il résulte que ces actes forment un ensemble interdépendant du point de vue économique, prise en compte par la doctrine grecque des ensembles contractuels –v. A. Valtoudis, op. cit., p. 253-254. Contre l'assimilation d'un point de vue fiscal (imposition des plus-values) entre cession directe d'une entreprise et cession de l'ensemble

Il est d'autre part vrai que la Cour de cassation française a fait des ouvertures à l'acceptation d'une garantie du cédant pour les vices cachés de l'entreprise en société en cas de cession de contrôle de la société à laquelle l'entreprise appartient, mais ces ouvertures semblent être restées sans suite<sup>1902</sup>. La jurisprudence grecque n'a pas pour le moment tranché sur l'assimilation proposée entre cession d'entreprise et cession de bloc de contrôle d'une société et des garanties en découlant pour le vendeur. Un problème commun d'incertitude existe en tout cas aussi bien en droit français qu'en droit grec pour ce qui concerne la garantie légale du cédant d'un bloc de contrôle pour la valeur réelle de l'entreprise dont le contrôle est offert par le bloc des droits sociaux cédés en cas de révélation après la cession de défauts importants de l'entreprise, du moins si ces défauts ne vont pas jusqu'à annihiler totalement sa valeur (v. ci-dessous pour ce cas). Le problème qui se pose le plus souvent est celui de la découverte par le cessionnaire d'un passif important latent de la société, que le contrôle des comptes sociaux normalement effectué avant la cession n'a pas pu mettre en lumière (surtout redressement fiscal notifié après la cession ou action en responsabilité contre la société cédée du fait de comportements antérieurs à la cession)<sup>1903</sup>. L'application du dispositif légal sur la garantie des vices cachés est comme nous avons dit exclu dans ce cas en droit français, le cessionnaire n'étant protégé que si le passif révélé rend l'entreprise sans valeur, tandis qu'en droit grec la découverte d'un passif insoupçonné de la société dont le contrôle a été cédé serait conceptuellement un vice matériel de l'entreprise sociétaire, qui ne pourrait en principe être pris en compte comme vice des droits sociaux cédés eux-mêmes pour fonder une obligation de garantie du cédant, même s'il rendait essentiellement sans valeur ces droits, sauf si l'on identifie cession de contrôle et cession d'entreprise, identification qui ne va pas sans problèmes et contestations (v. ci-dessus) ; ainsi, dans ce cas le cessionnaire d'un bloc de contrôle porte les conséquences de ce que l'entreprise en société personnalisée traîne avec elle en cas de cession de contrôle les dettes de l'exploitation (v. supra sur la cession directe d'entreprise dans les deux droits sous comparaison, la cession d'un fonds de commerce en droit français avec le dispositif sur le paiement du prix dispensant le cessionnaire de toute responsabilité pour les dettes du cédant et le dispositif grec de l'art. 479 AK introduisant la responsabilité solidaire du cessionnaire pour les dettes du cédant nées de l'activité de

---

des actions d'une société anonyme Conseil juridique de l'Etat grec (Ass. pl.) 248/1994, EEmpD 1996, p. 419, pour cette assimilation dans la jurisprudence administrative TGI adm. De Patra 38/1995, EEmpD 1996, P. 288.

<sup>1902</sup> V. Ch. com. C. cass. 12 déc. 1995, Bull. Joly 1996, p. 200, obs. A. Couret, Ph. Merle no 655.

<sup>1903</sup> P. Mousseron « Les conventions sociétaires », no 189.

l'entreprise)<sup>1904</sup>. Le problème de l'étendue de la garantie du cédant d'un bloc de contrôle et des incertitudes qui l'entourent est ainsi un effet latéral de la séparation entre la personne morale de la société et les personnes juridiques des associés ou actionnaires, qui n'ont pas un droit direct sur les biens de la société personnifiée, le passif de la société étant d'autre part indépendant des changements dans le contrôle, un dispositif de séparation qui est organisé et garanti par plusieurs dispositions d'ordre public sociétaire aussi bien en droit français qu'en droit grec. D'autre part, le recours à d'autres techniques juridiques de protection du cessionnaire d'un bloc de contrôle a le désavantage dans les deux droits sous comparaison soit d'exiger la preuve par le cessionnaire de la faute du cédant (ainsi pour l'effort d'engagement de la responsabilité de ce dernier pour dol – art. 1109, 1116, 1382 C. civ., 149 AK- ou violation de son obligation d'information du cocontractant résultant de son obligation de loyauté ou de bonne foi -1134-1135 C. civ., 197-198, 288 AK), soit d'exiger la découverte d'une situation dans l'entreprise en société bouleversant radicalement les équilibres de la convention pour le cessionnaire et annihilant pratiquement l'intérêt de sa participation dans la société, en passant dans la plupart des cas par l'annulation de la cession (ainsi en cas d'invocation d'absence de cause ou d'erreur substantielle par le cessionnaire en droit français – respectivement 1131, 1110 C. civ., ou en droit grec d'erreur du cessionnaire - 140 suiv. AK ou renversement du fondement commun de la vente de l'entreprise -288, 388 AK- dans ce dernier cas il y a possibilité non d'annulation mais de réforme ou de résolution judiciaire du contrat)<sup>1905</sup>. Pour garantir le cessionnaire à l'égard

---

<sup>1904</sup> Sur la garantie du vendeur du contrôle en cas de révélation d'un passif insoupçonné sur le fondement de la garantie des vices cachés des droits sociaux cédés, si le passif révélé empêche la continuation de l'exercice de l'activité sociale même par l'engagement de dépenses supplémentaires, ou sur le fondement de la garantie du vendeur de la créance pour l'existence de la créance, si le passif révélé annihile toute valeur des droits sociaux cédés, la « créance » cédée étant essentiellement inexistante v. Y. Guyon, op. cit., n° 213. Sur l'absence en principe de garantie du cédant de droits sociaux pour le passif de la société, réputé vice matériel de l'entreprise, non des droits sociaux cédés, même si ce passif aboutit à la faillite de la société, comme ce défaut concerne seulement la valeur économique des droits sociaux, non leur existence et nature juridique v. A. Valtoudis, op. cit., p. 252.

<sup>1905</sup> Sur la reconnaissance par la jurisprudence française d'une obligation de contracter de bonne foi ou d'information à la charge du cédant le contrôle, ses contours imprécis et le caractère aléatoire de l'indemnisation pouvant en résulter pour le cessionnaire v. P. Mousseron, op. cit., no 190. Sur la difficulté traditionnelle de la jurisprudence française d'accepter les actions en nullité de la cession de contrôle pour dol ou erreur v. Ph. Merle, no 655. Sur l'évolution de la jurisprudence française en la matière, avec la reconnaissance de l'erreur substantielle du cessionnaire dans la cession d'un bloc de contrôle en cas d'impossibilité de poursuite de l'objet social, du fait par exemple de la disparition ou indisponibilité de l'actif essentiel de la société v. Ph. Merle, ibid. Pour la possibilité de l'annulation de la cession de contrôle, s'il y a un passif non révélé obérant dès la conclusion du contrat toute possibilité de bénéfices sur le fondement d'absence de cause v. J. Rochfeld « Cause » in Rép. civ. Dalloz, nos 39, 86, et la jurisprudence y citée, cet auteur constatant une oscillation permanente dans la jurisprudence entre l'absence de cause et l'erreur comme fondement de l'annulation de la cession et jugeant que la situation n'est pas conceptuellement claire. Sur le dol et la

d'une telle augmentation du passif social, les parties, notamment en France, ont de la sorte recours à des clauses de garantie, clauses accessoires de la convention visant à la cession du contrôle, par le biais desquelles le cédant garantit au cessionnaire la valeur réelle des droits sociaux prise comme base pour la cession. Ces clauses conventionnelles de garantie ont attiré l'intérêt de la doctrine française davantage de celle grecque, parce que cette dernière s'intéresse plutôt à l'effort de découvrir une cession présumée de l'entreprise elle-même avec les garanties en découlant sous la forme juridique de la cession du contrôle de la société (v. ci-dessus). La garantie peut concerner la découverte d'un passif insoupçonné au moment de la cession, elle peut aussi porter sur l'actif net de la société cédée, mais elle peut aussi être plus générale et concerner l'avenir, prenant le contenu d'une garantie de la rentabilité de l'entreprise sociétaire après la cession, des combinaisons de ces clauses étant bien sûr concevables. Dans la pratique française, la garantie du passif peut plus particulièrement consister soit à une obligation du cédant de payer à la société ou directement aux créanciers la valeur du passif découvert après la cession, soit à une

---

violation de l'obligation d'information imposée par les art. 197-198 AK concernant les obligations que la bonne foi impose avant la conclusion du contrat et la responsabilité pouvant en résulter, ainsi que sur les éléments subjectifs (faute) de la violation de cette obligation dans la cession d'une entreprise v. A. Valtoudis, p. 113 suiv. Sur l'erreur quant à la valeur réelle de l'entreprise cédée v. A. Valtoudis, p. 311. Le droit grec, inspiré par le droit allemand, voit l'erreur (plani) comme une dissociation involontaire entre la volonté réelle d'une personne et celle exprimée dans sa déclaration de volonté aboutissant à la formation d'un acte juridique. L'erreur est une cause d'annulation d'un acte juridique (v. supra, Partie I, sur le sens du terme annulation et sa différence avec la nullité), sous la condition qu'elle est de telle importance que celui qui l'a commise n'aurait pas conclu l'acte juridique en cause, s'il connaissait la réalité (erreur essentielle). L'erreur sur les motifs déterminants n'est pas prise en compte, sauf pour ce qui concerne l'erreur sur les qualités de la chose objet du contrat ou de la personne du destinataire de l'acte juridique, l'annulation de ce dernier étant possible sous la même condition de manque hypothétique de volonté de réalisation de l'acte juridique en cause par son auteur, s'il connaissait la réalité. L'erreur sur la situation réelle de l'entreprise cédée est vue comme une erreur sur la qualité de la chose, pouvant aboutir à l'annulation, si l'erreur est essentielle, à savoir si elle est de telle importance qu'il puisse être jugé que sa connaissance aurait détruit la volonté du cessionnaire d'acquérir l'entreprise. Le problème dans ce cas pour le cessionnaire peut être que le droit grec prévoit une possibilité (appréciée in concreto par le tribunal) de condamnation de celui qui provoque l'annulation d'un acte juridique pour erreur à verser des dommages intérêts au cocontractant. Sur l'application de la théorie du fondement de l'acte juridique et de son défaut ou renversement (v. supra, Partie I sur cette théorie et sa relation avec la théorie française de la cause) dans la cession d'entreprise, conçu comme une erreur commune des contractants sur un facteur de la réalité qu'ils ont tacitement pris comme fondement de leur contrat ou que l'un d'eux a pris tacitement comme fondement de son engagement en connaissance de l'autre ou le changement radical postérieure à la conclusion de la vente mais avant l'exécution de la convention de ce facteur v. Ap. Georgiadis, op. cit., p. 212-214, Ap. Valtoudis, op. cit., p. 294-311 ; la question de l'application de la théorie du fondement de l'acte juridique en matière de défauts de l'entreprise elle-même est débattue aussi bien en Allemagne qu'en Grèce, l'opinion dominante en Grèce semblant exclure son application ou la réputer inutile compte tenu de l'existence des dispositions sur la garantie des vices matériels de la chose vendue analogiquement applicables à la vente de l'entreprise. Il semble d'ailleurs sans contestation dans la doctrine grecque que ces fondements de responsabilité du vendeur ou d'annulation de la vente sont applicables aussi bien dans la cession directe de l'entreprise que dans le cas de la cession d'un bloc de contrôle.

révision du prix de la cession après une telle découverte, qui ne peut aboutir à une restitution supérieure au prix de cession<sup>1906</sup>. La pratique française connaît aussi la technique de la cession échelonnée dans le temps du bloc de contrôle, effectuée par le moyen de promesses de vente organisées par une convention cadre, par le biais de laquelle est visée la protection du cessionnaire, avec prévision de réajustement du prix de la cession suivant les résultats de la société<sup>1907</sup>. A sens inverse, dans le cas de cession échelonnée du contrôle les clauses utilisées peuvent viser à faire participer le cédant à des bénéfices éventuels augmentés de la société (clauses de earn-out, faisant dépendre le prix de la cession de droits sociaux qui vont être cédés de la rentabilité de la société) ou le faire échapper à la dégradation éventuelle de la situation de la société par l'introduction de prix planchers<sup>1908</sup>. La même question de la valeur réelle du bloc de contrôle cédée peut se poser par le biais de conventions complexes : un exemple peut se trouver dans la cession du bloc de contrôle à un prix symbolique, avec engagement du cessionnaire d'assumer un passif, p. ex. les obligations du cédant nées sur le fondement d'un cautionnement octroyé par lui pour des dettes sociales<sup>1909</sup>. Dans d'autres cas, se pose la question de garantir l'effectivité de la cession du bloc de contrôle par le biais de la cession aussi au cessionnaire des créances du cédant sur la société<sup>1910</sup>. Un autre aspect du problème de l'effectivité de la cession est celle du danger d'une concurrence de la société par le cédant, une fois ce dernier sorti de la société. Une fois de plus, la séparation entre d'une part la personne morale de la société, « propriétaire » de l'entreprise sociétaire, d'autre part les personnes des associés, qui ont une participation dans la société, pose traditionnellement des problèmes au développement d'une obligation ex lege de non-concurrence du cédant d'un bloc de contrôle d'une société à l'égard de la société à la suite de la cession<sup>1911</sup>. Il s'agit de nouveau d'un effet latéral de cette séparation qui est organisée et garantie dans les relations entre associés et sociétés par plusieurs dispositions d'ordre public sociétaire. Il est d'autre part vrai que la jurisprudence française, en rompant avec les solutions traditionnelles, reconnaît depuis 1997 une garantie de non éviction ex lege du cédant d'un bloc de contrôle à l'égard du cessionnaire, garantie qui est largement identifiée à une obligation de non concurrence du

---

<sup>1906</sup> V. sur la typologie Y. Guyon, op. cit., n° 213, P. Mousseron, op. cit., n° 206 suiv., Ph. Merle, no 655-1.

<sup>1907</sup> Y. Guyon, op. cit., n° 209, J.-Ph. Dom, op. cit., n° 566.

<sup>1908</sup> Y. Guyon, op. cit., n° 208, P. Mousseron, op. cit., n° 178.

<sup>1909</sup> J. Ph. Dom, thèse précitée, nos 524 suiv., P. Mousseron, op. cit., n° 179. V. plus généralement sur la substitution du cessionnaire au cédant comme caution pour les dettes de la société et les problèmes juridiques de cette substitution suivant le caractère du cautionnement comme à durée déterminée ou indéterminée J.-Ph. Dom, op. cit., nos 254 suiv.

<sup>1910</sup> J.-Ph. Dom, op. cit., nos 249 suiv. (sur la cession du compte courant du cédant le contrôle).

<sup>1911</sup> V. sur cet aspect Ph. Merle, no 655.

premier à l'égard de la société, si du rétablissement du cédant les acquéreurs peuvent être empêchés de poursuivre l'objet social. En droit grec, on soutient pour une telle obligation du cessionnaire d'un bloc de contrôle en droit grec le fondement du principe général de bonne foi (art. 288 AK) et de l'interprétation de la convention selon ce principe (art. 200 AK)<sup>1912</sup>. Mais les parties à une opération de cession d'un bloc de contrôle ont souvent recours au moyen de clauses contractuelles de non-concurrence de la société octroyées par le cédant au profit du cessionnaire dans le but de diminuer les incertitudes quant à l'étendue de l'obligation de non concurrence du cédant<sup>1913</sup>. Dans tous ces cas de figure, il s'agit de montages tels que nous les entendons, car les parties utilisent les techniques contractuelles dans le but d'aménager des effets jugés défavorables - même ayant le caractère d'effets latéraux - de l'ordre public sociétaire tendant à séparer la personnalité morale de la société de ses actionnaires ou associés et de lever ainsi les difficultés ou incertitudes en découlant dans leurs relations. Il est aussi à noter que la cession d'un bloc de contrôle obéit à des régimes juridiques différents en droit français et en droit grec, suivant les régimes différents de la cession des droits sociaux comme biens meubles (corporels ou non) dans les deux droits sous comparaison (v. supra Partie I sur la dualité pour le droit grec de l'opération de cession d'un bien et le caractère abstrait du transfert de la propriété d'un bien meuble, avec comme conséquence que la validité de l'acte juridique de droit des biens effectuant la cession est indépendante de la validité de sa cause, à savoir l'acte générateur d'obligations, le cédant ayant dans le cas de vice de l'acte générateur d'obligation une action avec effet relative en enrichissement sans cause à l'égard du cessionnaire). Les cessions de contrôle des sociétés peuvent aussi prévoir des pactes de maintien du cédant –temporaire ou permanent- dans un poste de direction dans la société (v. supra, Chapitre précédent, sur l'attitude des deux droits sous comparaison à l'égard de tels pactes).

### **Le problème de licéité et le régime juridique des montages entourant les cessions de blocs de contrôle des sociétés**

---

<sup>1912</sup> V. dans la jurisprudence française l'arrêt Ducros de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 21 janvier 1997, JCP E 1997, II, 936, obs. Y. Guyon, et plus généralement Ph. Merle, no 655. Pour l'existence à la charge du cédant d'une entreprise d'une obligation de non concurrence indépendamment de la forme juridique de la cession comme asset deal (cession directement de l'entreprise elle-même) ou share deal (cession de la propriété économique de l'entreprise par le biais de la cession d'un bloc de contrôle de la société qui en est la « propriétaire ») sur le fondement de l'interprétation de la convention selon le critère de bonne foi v. Ap. Valtoudis op. cit., p. 53.

<sup>1913</sup> Sur les clauses de non-concurrence, v. Y. Guyon, op. cit., n° 216, P. Mousseron, op. cit., n° 207. Pour le droit grec v. Ap. Valtoudis, op. cit., p. 52 suiv.



La validité de principe des clauses de garantie du passif n'est contestée ni en droit français ni en droit grec. Il semble ainsi bien établi dans les deux droits sous comparaison que ces clauses concernant les relations entre particuliers relèvent du droit commun des obligations et échappent au droit des sociétés et son ordre public ou mieux elles n'entrent pas en principe en conflit avec cet ordre public. L'utilité pratique de ces clauses a joué bien sûr un rôle très important dans la reconnaissance de leur validité de principe. Les clauses de garantie du passif ont ainsi échappé en droit français au débat sur l'étendue du principe d'ordre public sociétaire de prohibition des clauses léonines. Cela est absolument normal pour les clauses de garantie du passif au sens strict, à savoir celles visant à protéger le cessionnaire face à l'apparition d'un passif déjà existant mais insoupçonné : la finalité de ces clauses est de garantir la valeur réelle des actions cédées, non de protéger le cessionnaire face aux aléas futurs de l'exploitation sociétaire<sup>1914</sup>. On pourrait toutefois avoir davantage de doutes pour ce qui concerne les clauses offrant au cessionnaire une garantie plus générale de la marche de l'affaire sociale et de la rentabilité de l'entreprise sociétaire – il ne semble pas pourtant qu'une contestation ait fait son apparition en la matière, comme plus généralement l'impact de la prohibition des clauses léonines du droit français est en recul pour ce qui concerne les relations nouées autour de la société. Mais d'autre part les clauses de garantie sont en France l'objet d'un contentieux fréquent pour ce qui concerne leur interprétation et leur étendue<sup>1915</sup>. Par contre, en Grèce le contentieux sur les limites des conventions de garanties accompagnant la cession du contrôle semble pour le moment peu développé. Plus douteuse est la situation juridique des clauses visant à la protection du cédant. Ainsi, bien que les clauses dites d'« earn out » soient beaucoup pratiquées, des doutes se sont soulevés dans la doctrine française quant à leur validité du point de vue non du droit des sociétés, mais du droit commun français des contrats, à savoir de la prohibition des clauses potestatives, si le cédant demeure comme dirigeant dans la société ou, à sens inverse, si le cessionnaire devient dirigeant ; en tout cas, les parties doivent avoir pris soin de faire les variations du prix dépendre d'éléments objectifs et précis pour échapper au danger de nullité de la clause pour prix indéterminé (art. 1591 C. civ.)<sup>1916</sup>. Encore plus débattue a été en France la question des clauses organisant une cession échelonnée dans le temps, avec prévision d'un prix plancher au profit du cédant ; une divergence a en plus fait son apparition dans la jurisprudence d'une part de la 1<sup>ère</sup> Chambre civile, d'autre part

---

<sup>1914</sup> Y. Guyon, op. cit., n° 213, P. Mousseron, op. cit., n° 194 - ne soulevant aucun doute sur la validité de principe de ces clauses. V. aussi J.-Ph. Dom, op. cit., n° 572, sur la prévalence de la liberté contractuelle en matière de cession de contrôle.

<sup>1915</sup> V. Y. Guyon, op. cit., n° 214.

<sup>1916</sup> Y. Guyon, op. cit., n° 210, P. Mousseron, op. cit., nos 178, 233.

de la Chambre commerciale, la première considérant que les clauses en cause tombaient sous le coup de la prohibition des clauses léonines, tandis que la seconde considérait qu'il s'agissait de relations extrastatutaires entre associés, échappant à cette prohibition<sup>1917</sup>. La position de la Chambre commerciale va dans le sens de l'évolution plus générale de la restriction du champ d'application de la prohibition des clauses léonines au profit de la liberté contractuelle dans les relations entre associés (v. supra). En droit grec, avec la séparation plus étanche qu'en droit français des sphères sociétaire-statutaire et extrastatutaire, de telles contestations n'auraient pas de raison d'être (v. supra sur ce principe de séparation des sphères en droit grec des sociétés anonymes). Il est à noter que la doctrine française a reconnu l'importance de l'interdépendance des conventions concernant la cession de contrôle d'une société, sur le fondement de la cause subjective commune de l'opération<sup>1918</sup>. Ainsi, une cession de contrôle d'une société à un prix symbolique peut être réputée valable, malgré l'absence de cause dans l'obligation du cédant née de la convention elle-même, si le cessionnaire assume d'autres obligations face au cédant, p. ex. il assume le passif de la société<sup>1919</sup>. Sur le même fondement de l'interdépendance des conventions, la nullité de la convention de cession emporte aussi nullité de la convention de garantie et, à sens inverse, la nullité d'une clause de garantie du passif peut emporter la nullité de la cession du bloc de contrôle de la société<sup>1920</sup>. En droit grec, en absence d'un rôle de la cause similaire à celui en droit français (v. supra, Partie I), l'interdépendance des conventions de cessions du contrôle pourrait être fondée sur la théorie du fondement de l'acte juridique (*dikaiopraktiko themelio*) et la nullité d'une convention pourrait emporter la nullité de l'autre sur ce même fondement<sup>1921</sup>. Pour ce qui concerne les clauses de non-concurrence à la charge du cédant d'un bloc de contrôle, leur validité est admise en droit français selon les conditions du droit commun, à savoir que cette clause doit interdire une activité déterminée, être limitée dans le temps et l'espace et être

---

<sup>1917</sup> V. pour la première position 1ère Ch. civ. 22 juillet 1986 Rev. soc. 1987 p. 395 note D. Randoux, 7 avril 1987, JCP 1988, II, 21006, note M. Germain, CA Caen, 16 janvier 1990, D 1990, 411 et pour la seconde Ch. com. 20 mai 1986, Rev. soc. 1986 p. 587 note D. Randoux, 10 janvier 1989, Jcp 1989, II, 2156, note A. Viandier, 19 octobre 1999, JCP 2000, II, 10250, note Y. Guyon.

<sup>1918</sup> V. J.-Ph. Dom, thèse précitée, n° 527.

<sup>1919</sup> J.-Ph. Dom, op. cit., n°528. V. aussi CA Paris, 22 février 1989, arrêt cité par M. Dom, op. cit., n° 530 (inexistence de la cession de contrôle emportant absence de cause de l'engagement de caution par le cessionnaire).

<sup>1920</sup> V. J.-Ph. Dom, op. cit., n° 533 ( la convention de garantie du cédant se trouve dépourvue de cause en cas de nullité de la cession de contrôle - et n° 534 sur l'hypothèse - plutôt théorique - inverse). V. aussi ibid., n° 535 sur l'indivisibilité dans l'exécution des conventions de cession et de garantie.

<sup>1921</sup> V. sur les conventions liées sur la base de la théorie du « fondement de l'acte juridique » et la possibilité de nullité en chaîne de ces conventions v. Ap. Georgiadis « Droit spécial des obligations », t. 1, p. 15-17.

proportionnée au risque provoqué par la concurrence du cédant<sup>1922</sup>. En droit grec, la validité des clauses de non-concurrence dans la cession de blocs de contrôle de sociétés sera jugée sur le fondement de la prohibition des actes juridiques contraires aux bonnes mœurs, notion capitale dans l'ordre public économique grecque, notamment sous la forme de la prohibition des engagements excessifs de la liberté des personnes (art. 178-179 AK -v. supra), les critères exploités par la doctrine française pouvant aussi être utiles en droit grec pour déterminer si l'engagement en cause de la personne du cédant est ou non excessif ; la doctrine grecque souligne aussi que l'obligation contractuelle de non-concurrence peut dans certains cas être contraire au droit de la concurrence, si de cette clause résulte une influence négative sur la libre concurrence. La nullité de la clause de non concurrence accessoire de la cession du contrôle d'une société pour opposition aux bonnes mœurs ou au droit de la concurrence ne met pas d'ailleurs en cause la cession elle-même<sup>1923</sup>.

## CONCLUSION DU TITRE I

Les montages effectués autour de la société vue comme expression juridique de l'entreprise entité autonome sont d'abord ceux utilisant des techniques du droit des sociétés stricto sensu, des actes de droit organisationnel (statuts, actes de constitution, actes des organes sociaux). De tels montages peuvent viser d'abord dans l'un ou l'autre degré à dissocier apparence et réalité de la société-entreprise. Traditionnel est ainsi le montage de la mise d'une entreprise demeurant essentiellement individuelle sous la forme de société, surtout à risques limités, dans le but de combiner contrôle sans limite de l'entreprise et responsabilité limitée pour les dettes de l'exploitation, montage expliqué historiquement par la non reconnaissance de principe aussi bien par le droit français que par celui grec de la possibilité de constitution d'un patrimoine d'affectation. Ce montage a aujourd'hui trouvé une reconnaissance par l'admission par les deux droits sous comparaison de types unipersonnels de sociétés de capitaux. D'ailleurs, même avant cette reconnaissance, les sociétés exprimant juridiquement une entreprise individuelle et non constitutives de fraude

---

<sup>1922</sup> V. Y. Guyon, op. cit. n° 216, P. Mousseron, op. cit., n° 207.

<sup>1923</sup> V. sur le contrôle de licéité de la clause de non concurrence accompagnant la cession de contrôle d'une société M.-Th. Marinos, ouvrage précité sur les pactes extrasociétaires, p. 162 suiv., Ap. Valtoudis, op. cit., p. 57.

étaient tolérées aussi bien en France qu'en Grèce, davantage dans cette dernière, à cause de la conception grecque différente de celle française sur la fictivité des sociétés de capitaux. En tout cas, le montage en cause porte atteinte à la conception traditionnelle contractuelle de la société. Mais le contrôle de ce montage par la notion de fictivité dans les types sociaux pour lesquels le droit français ne reconnaît pas une constitution unipersonnelle et le caractère principalement contractuel des sociétés de personnes grecques font la conception contractuelle maintenir un rôle en la matière comme limite de la mise d'une entreprise individuelle sous forme de société, si le maître de l'affaire n'est pas attentif, avec le risque de la qualification de telles sociétés comme fictives ou simulées. Par contre, dans les sociétés de capitaux grecques la conception restrictive de la simulation et l'exclusion de la simulation et de la fraude comme causes de nullité ainsi que la reconnaissance de sociétés anonymes unipersonnelles amènent à l'adoption comme critère de contrôle des limites de l'utilisation de telles sociétés en tant que formes juridiques d'entreprises individuelles de l'abus de personnalité morale ; cet abus est indépendant des défauts éventuels de la société comme contrat et il est conçu comme volonté de fraude établie surtout par le non respect de l'autonomie organisationnelle et patrimoniale de la société unipersonnelle, la conséquence en étant non la nullité de la société mais la levée ad hoc de sa personnalité morale. Une pareille tendance vers le critère de respect ou non de l'autonomie surtout patrimoniale de la société existe aussi en droit français pour ce qui concerne l'appréciation de la fictivité ou non d'une société dans le contrôle des limites de son utilisation comme structure d'accueil d'une entreprise essentiellement individuelle. Un autre montage de dissociation entre apparence et réalité de la société- entreprise est celui de la dissociation du siège réel de la société –en France ou en Grèce- et de son siège statutaire fixé dans un paradis juridique, dans le but d'évincer l'application du droit français ou grec, un montage beaucoup plus important en Grèce, notamment dans le domaine maritime. En principe de telles sociétés-entreprises sont réputées selon la théorie du siège réel des sociétés de droit grec et sont requalifiées à défaut d'immatriculation en Grèce en sociétés en nom collectif de fait si elles exercent une activité commerciale, sur le fondement du *numerus clausus* d'ordre public des sociétés commerciales grecques. Il y a toutefois une exception légale de taille pour des catégories de telles sociétés s'activant dans le domaine maritime, qui sont reconnues pour ce qui concerne leur constitution et capacité de jouissance comme normales et étrangères, avec exclusion de la théorie du siège réel ; mais même dans ce cas le droit grec demeure selon la jurisprudence applicable pour qualifier ces sociétés comme constituant des cas d'abus de personnalité morale, non ipso facto mais si les critères de ce dernier sont réunis, notamment le non respect de l'autonomie

organisationnelle et patrimoniale des sociétés en cause, et de lever leur voile, en atteignant le maître de l'affaire. La jurisprudence communautaire met d'autre part en crise le critère de siège réel pour les sociétés des pays membres de l'Union européenne et facilite des montages de « law-shopping » à l'intérieur de l'Union.

Ensuite viennent des montages tendant par l'utilisation de techniques de droit de sociétés et surtout de clauses statutaires à la production de formes sociales atypiques, sans pourtant entrer en conflit direct avec le *numerus clausus* d'ordre public des sociétés du droit français et du droit grec. Cet effort se rencontre d'abord dans les sociétés de personnes, soit comme attribution à elles par des combinaisons de clauses statutaires d'éléments de sociétés de capitaux – un effort qui peut avoir des effets limités-, soit par la combinaison de formes sociales, notamment de la société commandite avec une SARL/EPE comme commandité, un procédé dont la licéité de principe est aujourd'hui acquise dans les deux droits sous comparaison, sous réserve dans des cas particuliers de fraude en droit français ou d'abus de personnalité morale en droit grec. Beaucoup plus intéressante est la question de la possibilité de façonner par des combinaisons de clauses statutaires de sociétés de capitaux sur mesure et avec de forts éléments personnels. C'est parce que dans cette matière surgit avec davantage d'acuité le conflit dans le caractère des sociétés comme d'une part structures d'organisation des relations entre associés, d'autre part comme structures plus généralement d'expression juridique des entreprises et de gouvernance économique, impliquant des intérêts plus larges que ceux des associés, un conflit qui peut aboutir à des réponses différentes quant aux relations entre autonomie privée et ordre public en la matière. On peut dire qu'aujourd'hui dans les deux droits sous comparaison il y a à des degrés différents une tendance importante de reconnaissance de la licéité des clauses statutaires pouvant aboutir à la construction de sociétés de capitaux et notamment des sociétés anonymes atypiques (clauses de restriction dans la cession des actions, de sortie ou d'exclusion, de différenciation dans la participation aux résultats), avec un élargissement concomitant du domaine de l'autonomie privée ; cette tendance arrive à son parachèvement dans la SAS française, société par actions fermée, la doctrine grecque soutenant aussi qu'il y a possibilité de construction par des combinaisons de clauses statutaires permises par le loi d'AE fermées, sans reconnaissance expresse d'une nouvelle forme sociale par le droit grec des sociétés ; on a aussi rencontré dans la pratique grecque des sociétés se présentant comme sociétés anonymes mais constituant en fait des efforts de construction par le biais d'ensembles de clauses statutaires de formes hybrides de société anonyme et de coopérative. Pourtant, des limites importantes d'ordre public et des zones importantes d'incertitude existent encore en la matière aussi bien en droit français

qu'en droit grec, notamment pour ce qui concerne les aménagements du pouvoir dans les SA/AE par le biais de clauses statutaires mais aussi pour ce qui concerne les droits individuels des associés. On devrait aussi tenir compte de ce que les deux droits prohibent les clauses statutaires restrictives de la cession des actions dans les sociétés cotées. Pour les clauses d'agrément dans les SA/ AE de droit commun, depuis longtemps expressément reconnues aussi bien par le droit français que le droit grec, la différence la plus importante entre les deux droits est qu'en droit français en cas de refus d'agrément par la société l'actionnaire n'est jamais prisonnier de son titre, la société étant obligée par la loi de lui acheter ou faire acheter les actions avec des garanties pour le caractère adéquat du prix, tandis qu'en droit grec une telle obligation ex lege n'existe pas pour la société, la protection de l'actionnaire étant confiée à la prohibition du droit commun de l'abus de droit (art. 281 AK) ; d'autre part, l'introduction de clauses de restriction de la libre cessibilité des actions durant la vie des SA françaises se fait comme modification statutaire, l'unanimité étant par contre exigée pour l'introduction de telles clauses dans les SAS, tandis que pour les AE grecques l'introduction de telles clauses par modification des statuts ouvre aujourd'hui sous conditions un droit des actionnaires dissidents d'exiger le rachat de leurs actions par la société. Des montages sont aussi effectués par le biais d'opérations relevant du droit des sociétés durant la vie de la société, notamment par le biais d'augmentations de capital – comme défense anti-OPA ou dans le cadre du « coup d'accordéon » et de transformations. Conformément à leur nature, en dehors de leur contrôle de respect de l'impératif sociétaire « textuel », de tels actes sont contrôlés aussi bien en droit français qu'en droit grec par le recours à la notion d'intérêt social pour exclure leur caractère abusif, la poursuite de l'intérêt social étant en plus le facteur décisif pour l'acceptation par le droit français de la licéité de principe du « coup d'accordéon » ; le droit fiscal joue d'ailleurs un rôle important comme environnement aux montages de transformation, sans être aujourd'hui prohibitif pour eux.

L'autre grande catégorie de montages étudiée dans ce Titre a été celle dans laquelle il n'y a pas utilisation des techniques du droit des sociétés stricto sensu, autrement dit de droit organisationnel, mais des techniques du droit des contrats et des biens, destinées pourtant à avoir un impact indirect mais souvent essentiel sur l'organisation sociétaire. Les problèmes des relations avec l'ordre public sociétaire sont plus difficiles dans cette catégorie de montages que dans la précédente, exactement parce qu'il s'agit d'utilisation des techniques tendant à échapper au champ de régulation de cet ordre public, sans toutefois que ce dernier puisse leur être réputé étranger et indifférent, à cause de leur importance souvent essentielle bien qu'indirecte pour la vie des sociétés -entreprises. Il est vrai que les problèmes en cause sont moindres dans la première sous-catégorie étudiée,

celle de montages consistant à des conventions entre la société et ses associés ou dirigeants, cette sous-catégorie étant plus proche du champ de régulation de l'ordre public sociétaire, car elle implique des actes juridiques -bien que des contrats, non des actes de droit organisationnel- de la société. De telles conventions peuvent viser d'abord à frauder les dispositions impératives sur les distributions effectuées aux associés durant la vie sociale et la subordination de la «créance» des associés sur la société à celles des créanciers extérieures ou servir l'intérêt des dirigeants ou certains associés au détriment des autres et de la société ; les deux droits sous comparaison ont introduit des dispositions impératives spéciales en prohibant ou réglementant les conventions entre sociétés et dirigeants ou actionnaires importants, des dispositifs présentant certaines différences, dans le but d'écartier ou diminuer ces dangers dans les sociétés anonymes, mais en plus la notion d'intérêt social et la sanction de l'abus de droit ou en droit grec de la fraude aux dispositions de la loi sur les distributions dans les sociétés de capitaux maintiennent leur valeur comme critère de contrôle. On a pourtant vu la jurisprudence grecque valider un montage particulièrement téméraire de scission informelle d'une société anonyme par le transfert d'une partie de l'actif social aux actionnaires qui allaient quitter la société. Licites en principe sont les montages de financement de la société par le biais de techniques alternatives aux apports, notamment des prêts des associés à la société, la tendance du droit français étant en plus de distinguer nettement ces prêts des relations sociétaires des associés, tandis que le droit grec tend plutôt à les attirer vers le champ sociétaire et à leur imposer des restrictions par rapport aux prêts de droit commun ; mais de telles modalités de financement ne doivent pas constituer des moyens de sous-capitalisation de la société et encore davantage de pillage de la société par l'associé dominant, sous risque de fictivité de la société ou de confusion de patrimoines en droit français ou d'abus de personnalité morale en droit grec et même de sanctions pénales à l'égard des dirigeants impliqués. D'autres conventions peuvent viser à garantir une certaine stabilité aux dirigeants (contrats de travail du dirigeant avec la société, prévision d'indemnisation de départ pour les dirigeants). On pourrait dire qu'une tolérance existe aujourd'hui pour de telles conventions en droit français, sous réserve de certaines dispositions impératives les concernant et surtout de ce que de telles conventions ne mettent pas obstacle à la libre révocabilité des dirigeants, tandis que le droit grec a une attitude similaire -pas identique - à l'égard du contrat du travail du dirigeant avec la société, tout en étant encore plus méfiant à l'égard des indemnisations de départ, vues comme incompatibles avec la révocabilité ad nutum des administrateurs des AE. Un autre contrat entre dirigeant et société est le contrat de gestion, par lequel la gestion de la société est confiée à une société de gestion, contrat dont l'acculturation en droit des

sociétés français et grecs présente des problèmes certains, notamment pour ce qui concerne l'ordre public de l'organisation du pouvoir dans les SA/AE.

Plus difficiles mais aussi plus intéressants sont les problèmes concernant les pactes extrastatutaires entre associés par le biais desquels les associés s'efforcent d'organiser des situations juridiques atypiques au sein ou autour des sociétés sans entrer en conflit direct avec l'ordre public sociétaire. Les pactes extrastatutaires, se présentant comme de simples contrats du droit commun, échappent au champ sociétaire et organisationnel, toutefois leurs effets indirects mais potentiellement importants exactement sur l'organisation sociétaire, forme de pouvoir et de gouvernance économiques impliquant dans les sociétés importantes largement des intérêts autres que ceux des associés, empêchent leur émancipation complète par rapport à l'ordre public sociétaire comme critère de contrôle de leur licéité. Les deux droits sous comparaison reconnaissent aujourd'hui la licéité de principe des pactes extrastatutaires, sur le fondement du principe de l'autonomie de la volonté, la doctrine grecque tendant en plus à affirmer un principe de séparation des sphères sociétaire et extrasociétaire pour ce qui concerne les pactes en cause, en s'efforçant ainsi de les faire échapper à un contrôle par l'ensemble de l'impératif sociétaire ; pourtant, les pactes doivent pour être licites ne pas entrer en conflit avec la loi, l'ordre public « virtuel », les statuts et l'intérêt social (ces deux derniers critères étant contestés par une partie de la doctrine grecque), le critère du droit commun de bonnes mœurs, d'importance capitale plus généralement pour l'ordre public économique grec, surtout dans son aspect prohibant les engagements excessifs de la personne humaine ou des déséquilibres intolérables moralement, jouant aussi un rôle très important en droit grec dans le contrôle de licéité des pactes extrastatutaires. Cette position de principe ne résout pas pourtant la question dans quelle mesure l'impératif du droit des sociétés et l'ordre public sociétaire doivent être des critères de licéité des pactes extrastatutaires, d'où des difficultés importantes mais aussi des différences pour les deux droits sous comparaison (p. ex. pour ce qui concerne les pactes de non révocation des dirigeants des sociétés anonymes, réputés proscrits en droit français mais acceptés par la doctrine et jurisprudence grecques), bien que la tendance générale soit favorable pour la licéité des pactes entre actionnaires : ainsi p. ex. en droit français pour ce qui concerne le contrôle de certains pactes sur les droits financiers des actionnaires par rapport au principe de prohibition des clauses léonines, une telle question de compatibilité de tels pactes entre actionnaires avec le principe en cause ne se posant même pas en droit grec, à cause d'une séparation plus stricte des sphères sociétaire et extrasociétaire ; mais de tels pactes ne doivent pas entrer en conflit avec la prohibition générale en droit grec des actes juridiques contraires aux bonnes mœurs. En plus, les conventions portant sur les



droits politiques des actionnaires ne doivent pas effectuer une aliénation de fait du droit de vote ou soumettre l'actionnaire au pouvoir discrétionnaire d'un ou plusieurs autres actionnaires, sur le fondement de l'indivisibilité des droits découlant de l'action, du caractère d'ordre public sociétair de droit de l'actionnaire de participer sur un pied d'égalité à la prise des décisions sociétares, mais aussi en droit grec de la prohibition de droit commun comme contraires aux bonnes moeurs des actes juridiques engageant excessivement la liberté de la personne ; mais un arrêt d'Areios Pagos –la Cour de cassation grecque- a accepté la licéité de la convention par le biais de laquelle des actionnaires renonçaient à leur droit de vote et leurs droits sur les bénéfices en contrepartie d'une somme forfaitaire, cet arrêt étant pourtant vivement critiqué par la doctrine. L'ordre public des marchés financiers ne prohibe ni en France ni en Grèce les pactes entre actionnaires des sociétés « cotées », même ceux imposant des restrictions à la cession des actions, mais de tels pactes doivent en France être publiés pour avoir des effets durant une OPA et en plus ils ne doivent pas entrer en conflit avec le principe du libre jeu des offres. En plus, à la suite de l'harmonisation communautaire en la matière, les deux droits sous comparaison reconnaissent aux statuts des sociétés cotées le pouvoir de neutralisation des effets des pactes extrastatutaires durant une période d'offre publique. Les pactes entre associés peuvent aussi entrer en conflit avec les prescriptions du droit de la concurrence ou au moins être soumis au contrôle de ce dernier pour pouvoir développer normalement leurs effets. Une autre question importante est celle de l'impact des pactes extrastatutaires valables –surtout s'il s'agit de pactes entre l'ensemble des associés – sur l'organisation sociétair, notamment en cas de décisions des organes sociaux en violation de ces pactes. La solution de principe des deux droits est de réaffirmer l'effet relatif et le caractère extrasociétair des pactes en cause, en leur refusant un effet direct dans l'appréciation de la licéité des délibérations sociales ; néanmoins, une certaine osmose entre le niveau sociétair et celui extrasociétair est reconnue à des degrés différents dans la doctrine et par plusieurs décisions dans les deux pays, notamment par la prise en compte des pactes extrasociétares dans l'appréciation d'un abus éventuel du majoritaire ayant violé le pacte ; mais cette prise en compte ne signifie pas que toute violation d'un pacte par une décision d'un organe social soit ipso facto constitutive d'abus, les critères de cette notion et notamment la violation de l'intérêt social devant concourir dans chaque cas. Plus particulièrement pour ce qui concerne la Grèce, la doctrine majoritaire et une partie importante de la jurisprudence ont relevé un abus de droit dans une décision du majoritaire en assemblée violant un pacte entre l'ensemble des actionnaires, mais Areios Pagos (la Cour de cassation grecque) a finalement insisté sur la séparation des sphères sociétair et extrasociétair en la matière. Les mêmes critères de

licité que dans le cadre de pactes entre associés sont utilisés pour les pactes liant l'associé à un tiers, avec la doctrine grecque soutenant en plus que de tels pactes ne doivent pas mettre en cause l'autogestion de la personne morale de la société. En dehors des pactes avec effets relatifs, on rencontre souvent des montages utilisant des conventions avec effets réels, du droit des biens. Connues sont ainsi les acquisitions fiduciaires, temporaires et finalisées, de droits sociaux pour le compte d'un autre, notamment rencontrées en France sous la forme de portage, longuement contesté comme contraire à la prohibition d'ordre public des clauses léonines ; l'évolution de la jurisprudence française écarte pourtant ces doutes, en insistant sur une séparation en la matière des sphères sociétaire et extrasociétaire, comme c'est aussi la position dominante en droit grec, qui ne soulève pas de problème d'application d'une prohibition des clauses léonines aux pactes extrastatutaires avec objet patrimonial, bien que le principe de la prohibition des engagements contraires aux bonnes mœurs continue de jouer son rôle dans le contrôle de licéité de tels pactes. Fréquent est aussi en France le recours à des montages utilisant les démembrements de propriété des droits sociaux, notamment l'usufruit, comme techniques d'organisation et de transmission du pouvoir au sein de la société-entreprise, la reconnaissance par l'opinion dominante de la possibilité de transfert de l'ensemble du droit de vote à l'usufruitier par les statuts leur étant favorable, bien qu'il s'agisse d'un point de vue contesté, des difficultés existant pour ce qui concerne la délimitation des droits propres politiques d'ordre public de l'usufruitier et du nu-propiétaire. En Grèce la pratique connaît l'utilisation de l'usufruit sur droits sociaux comme technique d'organisation du transfert du pouvoir, mais de tels montages utilisant des formes complexes de ce démembrement de propriété sont moins répandus qu'en France ; le droit de vote des actions et l'ensemble des droits politiques accessoires sont réputés appartenir en principe à l'usufruitier mais de droit supplétif, les parties pouvant convenir autrement si les statuts ne le prohibent pas ; d'autre part, la constitution d'un usufruit sur actions est soumise à la clause éventuelle statutaire d'agrément et est débattue la question de la possibilité pour les statuts d'exclure l'usufruitier de tout droit de vote, des choses qui ne sont pas favorables pour les montages utilisant l'usufruit comme un moyen de constructions des relations atypiques de pouvoir. Le droit grec permet aux statuts des AE de reconnaître la possibilité de transfert du droit de vote au créancier nanti, et on a vu des montages tendant en plus à faire le nantissement sur actions échapper au droit grec ; mais la jurisprudence grecque limite les agissements du créancier nanti possesseur du droit de vote avec le recours à la notion d'intérêt social. Pour ce qui concerne les cessions du contrôle des sociétés, la séparation entre la personne morale de la société, « propriétaire » de l'entreprise sociale, et les personnes des associés, séparation

garantie par des blocs importants de règles d'ordre public aussi bien en droit français qu'en droit grec, aboutit à des difficultés importantes pour l'établissement d'une garantie ex lege du cédant en cas d'apparition de défauts de l'entreprise après la cession, notamment d'un passif important insoupçonné, bien que dans la doctrine grecque soit dominante une opinion identifiant la cession du contrôle absolu d'une société- entreprise avec la cession de l'entreprise elle-même ; en tout cas, la pratique recourt à des conventions de garantie du cessionnaire par le cédant du bloc de contrôle. Les clauses de garantie du passif sont licites car elles ne posent pas de problèmes pour l'ordre public sociétaire, mais plus contestables sont en droit français du point de vue de la prohibition des clauses léonines les clauses de cession échelonnée à des prix plancher, l'évolution de la jurisprudence vers une exclusion de la prohibition des clauses léonines dans les relations entre associés n'ayant pas absolument dissipé les doutes ; par contre, en droit grec la séparation plus stricte du sociétaire et de l'extrasociétaire a empêché l'apparition de tels doutes sur l'application éventuelle de la prohibition des clauses léonines aux conventions de garantie.

## **TITRE II: LES MONTAGES INSTRUMENTALISANT LES SOCIETES AU-DELA DE LEUR DESTINATION TYPIQUE LEGALE D'ETRE LES FORMES JURIDIQUES D'ENTREPRISES-ENTITES AUTONOMES OU MEME AU-DELA DE TOUTE UTILISATION COMME FORMES JURIDIQUES D'ENTREPRISES**

Dans le Titre précédent de cette Partie, nous avons présenté dans une approche comparée entre droit français et droit grec des montages qui avaient toujours comme référence la société exprimant typiquement au plan juridique une entreprise conçue comme entité juridico-économique autonome. Nous passons maintenant à la catégorie des montages qui ne gravitent pas autour de la société-entreprise conçue comme entité juridico-économique autonome, mais qui instrumentalisent dans l'un ou l'autre degré la forme sociétaire elle-même, donc à des montages plus avancés, posant davantage de problèmes aux conceptions traditionnelles sur la société. Instrumentalisation de la forme sociétaire signifie bien sûr aussi instrumentalisation des règles impératives – d'ordre public sociétaire – visant à mettre en place et à faire fonctionner le mécanisme juridique de la société, règles que nous avons présentées dans la Partie I pour les deux droits sous comparaison, le droit français et le droit grec. Si toute instrumentalisation de la forme sociétaire et de son impératif n'est pas ipso facto illicite, il est évident que les montages utilisant une telle instrumentalisation posent des problèmes importants à l'ordre public économique sociétaire pour ce qui concerne le partage du licite et de l'illicite, la protection des tiers, mais aussi la protection de la société au sens général du terme face à des poursuites de finalités purement illicites.

Dans un premier chapitre de ce Titre, nous allons présenter – toujours en comparant le droit français et le droit grec - le « montage structurel », selon l'expression de M. J.-Ph. Dom<sup>1924</sup> de l'entreprise en groupe de sociétés, chaque société étant instrumentalisée comme pièce dans le cadre de cet ensemble juridico-économique que constitue le groupe de sociétés, l'entreprise existant non au niveau de chaque société du groupe, mais au niveau du groupe comme ensemble (Chapitre I : L'instrumentalisation des sociétés et de leur impératif dans le cadre du montage structurel du groupe de sociétés). Dans le second chapitre du Titre, nous allons présenter la pratique française et grecque

---

1924 J.-Ph. Dom, thèse précitée, spéc. nos 482 suiv.

d'instrumentalisation des sociétés et de leur impératif dans des buts autres que de constituer des formes juridiques d'entreprises, ainsi que les réponses des deux ordres publics économiques sociétaires – celui français et celui grec - à ses efforts (Chapitre II : L'instrumentalisation des sociétés et de leur impératif à des buts autres que de constituer des formes juridiques d'entreprises).

## **CHAPITRE I: L'INSTRUMENTALISATION DES SOCIETES ET DE LEUR IMPERATIF DANS LE CADRE DU « MONTAGE STRUCTUREL » DE L'ENTREPRISE EN GROUPE DE SOCIETES**

Il faut dès le début préciser que dans le cadre de ce Chapitre nous allons étudier comparativement dans les deux pays sous comparaison le phénomène du groupe de sociétés dans sa conception classique, à savoir sur le fondement de l'hypothèse du groupe de sociétés exprimant juridiquement une entreprise même largement conçue. D'autres utilisations du groupe de sociétés, indépendantes de celle de l'organisation de l'entreprise au niveau du groupe de sociétés, vont être étudiées plus loin, dans le cadre du Chapitre II. Pour ce qui concerne le groupe formant une entreprise dans son ensemble, chaque société du groupe peut constituer une forme juridique d'unité économique subalterne pouvant fonctionner comme entreprise autonome, si elle n'appartenait pas au groupe, mais cela n'est pas nécessaire, comme l'instrumentalisation des sociétés au sein du groupe peut être plus avancée (ainsi p. ex. dans les cas des sociétés holdings, de gestion de l'immobilier de l'entreprise ou souvent de sociétés dont le but est le transfert des recettes du groupe à des pays à fiscalité avantageuse ou de sociétés visant à organiser une dissociation entre le pouvoir et le risque au sein du groupe). De la sorte, la distinction dans le cadre du groupe de sociétés entre sociétés formant des entreprises subalternes, englobées dans une entreprise unique selon le critère de l'unicité de direction au niveau du groupe, et sociétés instrumentalisées dans d'autres buts que de constituer des formes d'entreprises, servant pourtant l'entreprise exprimée dans son ensemble par le groupe de sociétés ou au moins les personnes qui le dominent, n'est pas toujours facile. Normalement, la présentation du « montage structurel » de l'entreprise en groupe de sociétés passe par le développement de sa problématique du point de vue des finalités poursuivies et des mécanismes juridiques utilisés dans la poursuite de ces finalités (Section I), pour passer par la suite au traitement

que les deux droits sous comparaison et leurs ordres publics réservent aux problèmes posés par les groupes de sociétés (Section II). Une Section III sera consacrée au phénomène particulier du groupe de sociétés ad hoc créé dans le cadre des montages de LBO (leverage buyout), visant à la prise du contrôle d'une entreprise par le biais de l'instrumentalisation d'une ou plusieurs sociétés holdings, avec un effet de levier juridique, financier et fiscal.

## **Section I: Présentation du « montage structurel » de l'entreprise en groupe de sociétés**

Comme nous avons indiqué ci-dessus, la présentation de la problématique du groupe de sociétés comme montage passe nécessairement par une présentation des finalités typiquement poursuivies par la construction de l'entreprise sous la forme juridique du groupe de sociétés, ainsi que par un premier examen des problèmes que ces finalités peuvent poser pour le droit et l'ordre public sociétair ( § 1). Ensuite, il est nécessaire de présenter les mécanismes juridiques typiquement utilisés dans les deux pays sous comparaison dans la formation et le fonctionnement du « montage structurel » du groupe de sociétés ( § 2).

### **Par. 1 : Nature et problématique du « montage structurel » du groupe de sociétés**

#### **A. Une entreprise unique exprimée par plusieurs entités juridiques: les avantages recherchés**

##### **Les avantages recherchés par l'organisation du groupe au niveau national**

Le développement d'une entreprise en groupe de sociétés trouve naturellement sa première expression au niveau national. Ainsi, depuis un niveau de développement d'une entreprise, son organisation sous la forme du groupe de sociétés présente plusieurs avantages. Ce qui caractérise le groupe de sociétés comme nous l'entendons est l'existence d'une entité économique soumise à une unité effective de direction et

présentant ainsi une cohérence décisionnelle tout en étant exprimée sous la forme de plusieurs sociétés, le plus souvent l'une d'entre elles ayant la position de la société-mère, les autres la position de filiales ; est pourtant possible l'existence de groupes constituées par plusieurs sociétés « sœurs », chacune d'elles étant contrôlée par le même centre de décision, mais aussi des schémas plus compliqués de participations réciproques de plusieurs sociétés ou la constitution du groupe par la mise de plusieurs sociétés sous une direction unique par le moyen de liens contractuels, l'essentiel étant toujours le contrôle des sociétés en cause par les mêmes intérêts et la formation d'une entité économique unique exprimée pourtant par une pluralité de sociétés<sup>1925</sup>. Nous excluons ainsi de notre étude les groupes-conglomérats, dans lesquels il y a une unité de contrôle d'activités disparates entre elles- une forme de groupes d'ailleurs en déclin les dernières décennies, sous la pression de la tendance de « recentrage » des groupes sur les activités dans lesquelles il y a pour eux un avantage comparé<sup>1926</sup>. L'avantage juridique essentiel de l'organisation de l'entreprise sous forme de groupes de sociétés est bien sûr la segmentation des risques nés de son activité<sup>1927</sup>. Ainsi, l'entreprise peut souvent avoir plusieurs branches, avec des niveaux de performance différentes, l'organisation sous forme de filiales à risques limités des branches les plus fragiles pouvant de la sorte isoler la société mère des risques nés de ces branches d'activité. L'organisation de l'entreprise sous forme de plusieurs sociétés soumise à une unité de direction peut d'ailleurs faciliter une meilleure surveillance comptable des activités organisées juridiquement sous la forme de filiales. L'organisation de l'entreprise sous forme de groupe de sociétés permet aussi une certaine décentralisation du pouvoir au sein de l'entreprise, décentralisation jugée comme un antidote nécessaire au gigantisme qui surgit comme problème après le développement

---

1925 Selon M. Cozian - A. Viandier - FI. Deboissy, op. cit. no 1483 « il y a groupe de sociétés – groupe sociétaire – lorsqu'une société en contrôle une autre ; il y a encore groupe de sociétés – groupe personnel – lorsqu'une personne physique contrôle plusieurs sociétés ». Selon le Memento Francis Lefebvre « Groupe de sociétés », édition annuelle, no 10, on appelle « groupe de sociétés l'ensemble constitué par plusieurs sociétés, ayant chacune leur existence juridique propre, mais unies entre elles par des liens divers en vertu desquels l'une d'elles, dite société mère, qui tient les autres sous sa dépendance, exerce un contrôle sur l'ensemble et fait prévaloir une unité de décision ». Sur le groupe de sociétés comme unité d'entreprise unique et complexement organisée exprimée juridiquement par plusieurs entités juridiques, notamment des sociétés de capitaux, v. (en grec) M. Varela « La configuration de la responsabilité intérieure au sein des groupes de sociétés », Nomiki Vivliothiki 2007, p. 36, et plus généralement p. 33 suiv., concernant le débat grec sur la relation entre les notions d'entreprises liées et de groupe de sociétés et p. 93 suiv. sur la notion d'entreprise comme élément constitutif des groupes de sociétés. V. d'ailleurs ibid, p. 63 suiv. sur la typologie des groupes de sociétés (groupes verticaux et horizontaux, groupes sur fondement contractuel et groupes de fait).

1926 B. Baudry « Economie de la firme », éd. La Découverte, p. 2003, p. 27 suiv.

1927 V. plus généralement sur les avantages de la mise d'une entreprise sous forme de groupe de sociétés M. Varela, op. cit., p. 69 suiv.

de l'entreprise au-delà d'une certaine taille<sup>1928</sup>. Il est bien sûr évident que tous ces avantages pouvant être obtenus par l'organisation de l'entreprise sous la forme du groupe de sociétés supposent une entreprise ayant dépassé ou tendant à dépasser un niveau de croissance et de complexité. Le groupe de sociétés peut toutefois se présenter aussi comme une technique de croissance de l'entreprise, en offrant la possibilité d'utilisation de l'effet de levier<sup>1929</sup>. L'organisation de l'entreprise en plusieurs échelles sous la forme de filiales et de sous-filiales permet ainsi à la personne qui détient son contrôle de garantir ce contrôle avec le moindre financement possible - pourvu qu'il trouve des partenaires voulant participer comme minoritaires à chaque société du groupe – avec le moindre recours possible au financement externe<sup>1930</sup>. A sens inverse, dans une phase de « décroissance » de l'entreprise, son organisation sous la forme du groupe de sociétés permet la cession plus facile de branches d'activités – sous la forme de cession du contrôle de filiales exprimant juridiquement ces branches d'activité. Des raisons plus particulières peuvent aussi jouer pour la mise d'une entreprise sous la forme juridique de groupe de sociétés ; nous avons par exemple rencontré ci-dessus dans la pratique française la filialisation sous la forme de la commandite par actions et l'apport à cette filiale de l'actif essentiel de l'entreprise comme technique de défense anti-OPA. Il est à noter que parfois les groupes de sociétés s'attribuent par le biais de clauses contractuelles le droit d'invoquer l'appartenance de leurs sociétés au même groupe (ainsi les clauses dites de groupe dans le cadre de contrats d'entreprise importants, selon lesquelles la société entrepreneurse peut se faire substituer pour une partie de l'ouvrage par une autre société du même groupe ou une société membre du groupe se voit reconnaître les conditions de qualification pour obtenir le contrat – expérience, capacités d'exécution, personnel-, conditions qui existent toutefois au niveau du groupe pris dans son ensemble) ; dans ces cas, il y a une sorte de levée contractuelle de l'existence juridique distincte des sociétés du groupe, une levée destinée à fonctionner au profit du groupe<sup>1931</sup>.

---

1928 V. sur cet aspect particulier P. Didier, t. 2, p. 533- 534.

1929 M. Varela, op. cit., p. 69 sur les avantages du groupe de sociétés par rapport au développement de l'entreprise par le biais du financement externe.

1930 Sur la relation entre le groupe de sociétés et l'effet de levier, v. P. Didier, t. 2, p. 559. Pour un exemple de l'organisation d'un groupe de sociétés français dans les années 1990 de telle manière que le chef du groupe ait pu maintenir le contrôle de ce dernier malgré le recours au financement majoritaire d'investisseurs, avec pourtant comme contrepartie des promesses de sa part d'acheter les participations de ces investisseurs dans les différentes sociétés du groupe v. J-Ph. Dom, thèse précitée, nos 406 suiv. (affaire de Fontgalant).

<sup>1931</sup> V. L. Georgakopoulos (en grec) « La clause « de groupe d'entreprises liées » dans les contrats d'entreprise et adjudications », DEE 1999, p. 463.



### **Les avantages recherchés par l'organisation de l'entreprise en groupe de sociétés au niveau international**

Il relève aujourd'hui du truisme de rappeler que le capitalisme de nos jours est de plus en plus mondialisé ainsi que de remarquer que ce capitalisme mondialisé s'est montré enclin à la propagation de crises et notamment de la dernière crise financière américaine, qui diffusée partout a laissé des séquelles importantes, bien qu'à des degrés et avec des modalités différents dans chaque pays. Il est aussi évident les dernières décennies que la forme typique de l'entreprise dans ce capitalisme est le groupe de sociétés dit « multinational » - bien que le plus souvent la direction réelle du groupe maintienne un caractère national<sup>1932</sup>. L'émergence des entreprises multinationales et leur domination sur l'économie mondiale sont bien sûr depuis longtemps l'objet de vifs débats idéologiques et politiques. En tout cas, ce qui est sûr est que le développement international d'une entreprise passe obligatoirement par sa mise sous la forme de groupe de sociétés. L'implantation d'une entreprise à un pays étranger sous la forme de filiale relevant du pays d'établissement a ainsi le plus souvent des avantages décisifs sur l'établissement sous les formes alternatives de succursale ou d'agence. La filiale du groupe étranger constituée selon le droit du pays d'établissement et ayant son siège dans ce dernier échappe ainsi aux problèmes de droit international privé qu'aurait rencontrés la société-mère, car elle relève du droit national du pays d'établissement, situation qui facilite ses transactions dans ce dernier pays. L'établissement sous forme de filiale relevant du droit du pays d'établissement facilite aussi l'adaptation du groupe de sociétés dans le pays d'accueil, en offrant souvent une meilleure acceptation psychologique dans ce pays, notamment s'il y a une différence de cultures entre ce dernier pays et le pays d'origine du groupe. L'organisation de l'activité dans le pays d'établissement sous la forme de filiale peut d'ailleurs être utile ou nécessaire s'il y a besoin de recourir à des partenaires de provenance du pays d'accueil qui vont participer comme associés ou actionnaires à la filiale – souvent d'ailleurs le partenaire est dans certains pays d'établissement suffisamment puissants pour pouvoir négocier avec les multinationales les termes d'implantation obligatoirement l'Etat de ce pays. L'organisation de l'entreprise multinationale sous forme de groupe de sociétés permet aussi bien sûr une certaine décentralisation du pouvoir nécessaire pour gérer l'entreprise multinationale qui a le plus souvent une taille gigantesque ; d'autre part, les moyens contemporains de communication, de circulation et de traitement de l'information permettent le maintien effectif du contrôle et du pouvoir par le centre de direction au pays d'origine du groupe. Il est d'ailleurs un phénomène assez fréquent que la société-mère du

---

1932 V. sur les groupes multinationaux M. Varela, op. cit., p. 68.

groupe ne maintient que l'activité de direction et de contrôle ainsi que les droits de propriété intellectuelle de l'entreprise, les activités du groupe étant décentralisées à plusieurs pays, suivant le régime mondial actuel de répartition du travail . Dans ce cadre de l'entreprise multinationale organisée sous la forme de groupe de sociétés, les efforts de segmentation du risque deviennent plus compliqués, plus raffinés mais aussi plus douteux moralement et socialement, comme c'est aussi souvent le cas avec les stratégies d' « optimisation » que le groupe multinational de sociétés suit dans la répartition de son activité à plusieurs pays. En tout cas, le phénomène des groupes multinationaux ayant le centre de leur direction en France est un phénomène datant depuis longtemps, les groupes d'origine française ayant une place particulièrement importante dans l'économie mondiale, preuve du dynamisme du capitalisme français. A sens inverse, des groupes étrangers s'activent les dernières décennies en France, soit avec la constitution de filiales françaises de ces groupes, soit avec la prise de contrôle par des groupes étrangers d'entreprises françaises . En Grèce, à la différence de la France, le phénomène du groupe de sociétés dans le domaine industriel et commercial en général a été plutôt subi, d'abord sous la forme de la création de filiales grecques de groupes étrangers, ensuite sous la forme d'une vague de rachat d'entreprises grecques par des groupes étrangers dans les années 1980 et 1990, une vague qui au début avait provoqué stupéfaction et des inquiétudes dans l'opinion publique<sup>1933</sup>. Dans le nouvel environnement des années 1990, certaines sociétés grecques ont commencé à recourir à la forme du groupe pour l'organisation de leur entreprise et à créer ou acquérir des filiales grecques mais aussi étrangères, notamment dans des pays de l'ex-bloc soviétique, avec comme conséquence la création et le développement de certains groupes de sociétés internationaux d'origine grecque. Est aussi d'autre part depuis longtemps particulièrement répandue en Grèce la pratique de l'exploitation des entreprises maritimes sous la forme de groupes de plusieurs sociétés chacune à navire unique (single-ship companies), le plus souvent relevant de juridictions off-shore mais ayant leur siège réel en Grèce.

## **B. Une entreprise exprimée par plusieurs entités juridiques: les problèmes**

### **Un décalage entre d'une part le droit des sociétés et son ordre public et d'autre part la réalité du groupe de sociétés**

---

1933 V. (en grec) K. Pamboukis « Intégration de société anonyme à un groupe multinational ; des procédés impressionnants », Sakkoulas, 1989.

Phénomène central dans le capitalisme contemporain, le groupe de sociétés n'en pose pas moins des problèmes pour le droit des sociétés, son ordre public et la conception classique des sociétés aussi bien en France qu'en Grèce. Comme nous avons vu dans la Partie I, les droits des sociétés français et grec raisonnent sur le fondement de la société-expression juridique d'une entreprise, autrement dit d'une entité plus ou moins autonome. Ils tendent ainsi – notamment pour ce qui concerne les sociétés anonymes – de mettre en place des structures du pouvoir dans ces sociétés avec recours à des blocs de règles impératives organisant des répartitions de pouvoirs, de tâches et de responsabilités. Le « montage structurel » du groupe de sociétés bouleverse toutefois profondément dans la réalité cette structure du pouvoir prévue par la loi. Les organes de direction des sociétés membres du groupe perdent ainsi leur autonomie et deviennent de simples échelons – le plus souvent intermédiaires – dans la structure du pouvoir au sein du groupe. Aussi bien le droit français que le droit grec prévoient une certaine autonomie des organes de direction des sociétés anonymes face à la collectivité des actionnaires, une autonomie qu'ils garantissent avec des blocs de règles d'ordre public (v. supra Partie I) ; pourtant, dans la réalité du groupe de sociétés les organes de direction des filiales reçoivent dans l'exécution de leurs tâches des instructions de la part des organes des sociétés étant plus haut dans la hiérarchie du groupe et agissent sous la surveillance de ces derniers. Le décalage entre cette réalité et les hypothèses de base du droit des sociétés et de son ordre public est ainsi évident ; évident est aussi le danger d'une dissociation entre pouvoir apparent, pouvoir réel et responsabilité des dirigeants de la filiale. La réalité de filiales dont le capital est possédé exclusivement ou quasi-exclusivement par la société-mère ou d'autres sociétés du groupe vide aussi largement de sens les dispositifs d'ordre public des deux droits sous comparaison – celui français et celui grec – visant à la protection des minoritaires, comme d'ailleurs plus généralement le formalisme et ritualisme de la prise de décisions du droit des sociétés (v. supra, Partie I) ; même dans les cas de participation de plusieurs sociétés du groupe, les besoins de protection des minoritaires et de garanties procédurales dans la prise de décision sont largement vidés de leur sens, étant donné que toutes les structures impliquées sont soumis à un pouvoir unique de direction. Il est toutefois d'autre part vrai qu'on peut rencontrer des filiales avec une participation importante de minoritaires indépendants, cas dans lequel le problème de la protection des minoritaires et des garanties dans la prise de décisions retrouve son acuité – ou plutôt est encore plus important que dans les sociétés indépendantes, comme se pose le problème d'un sacrifice éventuel des intérêts de la société et par conséquent de ceux des minoritaires aux intérêts du groupe dans son ensemble (v. infra). L'instrumentalisation de la forme sociétaire et de

son impératif dans le cadre du groupe de sociétés met d'ailleurs en cause les conceptions traditionnelles sur la nature juridique des sociétés, dans le cas de filiales absolument contrôlées par la société-mère. La crise est particulièrement importante pour la conception traditionnelle française de la société comme contrat (v. supra Partie I). Il est ainsi évident que la société filiale dont le capital social appartient exclusivement ou quasi-exclusivement à d'autres sociétés du groupe ne peut pas être essentiellement qualifiée de contrat : même dans le cas de la constitution d'une filiale par plusieurs sociétés du groupe, il est en réalité impossible de trouver une pluralité de volontés qui se rencontrent pour obtenir un résultat juridique, comme c'est le cas avec la conception traditionnelle du contrat, parce que toutes les volontés exprimées par chaque société du groupe expriment essentiellement une volonté unique, celle du centre unique du pouvoir au sein du groupe de sociétés. Le contrat de société est par conséquent dans ce cas plutôt apparent que réel. Problématique est aussi la qualification d'une société filiale constituée par des ressources appartenant exclusivement au groupe de sociétés comme groupement de personnes poursuivant un but unique, comme c'est la conception traditionnelle de la personnalité morale en France et en Grèce (v. supra, Partie I) – une fois de nouveau, il s'agit d'une volonté unique mise en place par le biais de différentes personnes juridiques. Plus généralement, la réalité du contrôle sociétaire qui est essentielle dans la définition même du groupe de sociétés met en épreuve les conceptions traditionnelles de la société comme contrat ou personnalité morale- expression juridique d'un groupement de personnes, conceptions se fondant sur des relations d'égalité entre participants<sup>1934</sup>. Mais la réalité du groupe de sociétés met aussi en épreuve même la conception des sociétés comme expressions et formes juridiques des entreprises privées (capitalistes) que nous avons adoptée. En effet, comme nous avons vu ci-dessus, cette conception raisonne elle aussi sur le fondement de la société-entité juridico-économique autonome. Pourtant, par définition, dans le groupe de sociétés la société-filiale est une entité subordonnée, l'entreprise étant exprimée par le groupe pris dans son ensemble, avec son unité de pouvoir et de décision. La filiale tend ainsi à devenir un simple pion dans une stratégie plus générale du groupe de sociétés, le conflit éventuel d'intérêts en résultant pouvant devenir dramatique, notamment dans le cadre de filiales de groupes multinationaux sacrifiées par le centre de direction situé dans un autre pays<sup>1935</sup>.

---

1934 Sur l'impact de la notion de contrôle sur les notions traditionnelles de la société comme contrat et de la personnalité morale de la société comme groupement des personnes, v. les travaux des fondateurs de l'« Ecole de Rennes », les Pr. Cl. Champaud et J. Pailluseau et notamment leurs thèses respectives précitées.

1935 V. infra sur les affaires Fruheauf et Metaleurop. Sur l'impact négatif de la réalité du groupe des sociétés sur la conception de la société comme expression juridique de l'entreprise. V. A. Pirovano « "La boussole" de la société. Interêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise? » D., 1997, p. 189.

Sur un plan conceptuel, le problème de la relation entre sociétés du même groupe se pose par le moyen de la confrontation de l'intérêt social de chaque société du groupe avec l'intérêt du groupe lui-même (v. infra) ; de cette confrontation surgit la question cruciale dans quelles limites est permise l'utilisation de chaque filiale du groupe dans le cadre de stratégies plus générales du groupe pris dans son ensemble. Il est d'ailleurs évident que tout effort de concevoir sur un fondement « pluraliste » l'intérêt social – à savoir non identifié exclusivement à l'intérêt des associés- se trouve en difficulté dans le cadre de la réalité du groupe de sociétés, avec son organisation hiérarchique du pouvoir et la subordination des sociétés à un centre unique de pouvoir le plus souvent lointain d'elles<sup>1936</sup>. En tout cas, il doit être clair que ni en droit français ni en droit grec le groupe de sociétés n'est ipso facto réputé constitutif de fraude, parce qu'il est réputé servir en principe des buts légitimes selon une logique économique<sup>1937</sup> ; en plus, selon la perspective que nous avons adoptée, si dans le cadre du groupe de sociétés il y a instrumentalisation des règles impératives du droit des sociétés à des buts autres que leur destination typique légale (à savoir de mettre et de faire fonctionner des expressions juridiques d'entreprises autonomes), toute utilisation atypique de la loi n'est pas nécessairement contraire à cette dernière et illicite. On pourrait en plus soutenir que le groupe de sociétés est un cas dans lequel le réel dépasse et bouleverse le normatif, dans le cadre de notre étude les conceptions traditionnelles du droit des sociétés. Pourtant, la non mise en cause de la licéité de principe du groupe de sociétés en lui-même ne signifie pas que des problèmes importants ne se posent par la réalité du groupe et que les finalités poursuivies et effets escomptés par les particuliers dans toute construction prenant la forme de groupe de sociétés doivent être reconnus par le droit.

### **Les problèmes posés par le groupe de sociétés à l'extérieur des sociétés de ce dernier d'un point de vue pratique**

L'ambiguïté inhérente au groupe de sociétés peut poser des problèmes importants pour les créanciers sociaux d'une filiale. Le groupe de sociétés combine pluralité de structures juridiques – le plus souvent à risque limité – avec l'unité de direction et de pouvoir au niveau du groupe tout entier. En concluant des opérations économiques avec

---

1936 Selon le Pr. A. Pirovano, op. cit. : « Or qu'est-ce que l'entreprise du troisième millénaire! Bien souvent un ensemble désarticulé, éclaté et fragilisé par l'énorme pression de la concurrence mondiale. Dans cette évolution la responsabilité du droit des sociétés et de ses technologies juridico-financières est énorme. Où situer l'entreprise dans la forme juridique groupe? ... Un simple agencement de la forme juridique (la multiplication des personnes morales liées entre elles mais réputées juridiquement distinctes) permet l'éclatement des éléments constitutifs de l'entreprise ».

<sup>1937</sup> V. p. ex. ainsi P. Le Cannu-B. Dondero, no 1533, considérant le groupe de sociétés en principe comme expression d'habileté juridique et comme montage structurel, et renvoyant au principe de neutralité de montages proposé dans sa thèse par M. Dom.

l'une des filiales, les créanciers de cette dernière peuvent avoir l'impression qu'ils traitent avec le groupe pris comme ensemble, ce dernier offrant à leurs yeux une garantie pour les dettes de la filiale. D'un point de vue juridique toutefois, si une telle garantie existe, il s'agit d'une garantie en principe de nature morale et « politique », non d'une garantie juridique - à défaut bien sûr d'engagement contractuel de la société-mère-, sur le fondement du principe de l'autonomie de chaque personne morale et de la responsabilité à risque limité de certains types sociaux. Pourtant, le comportement de la société-mère peut engendrer dans certains cas au créancier de la filiale une conviction légitime selon la bonne foi que la première s'engagerait pour les dettes de sa filiale. Plus généralement, le pouvoir exercé par la société-mère sur sa filiale et les liens patrimoniaux très importants existant le plus souvent entre les sociétés du groupe peuvent avoir des conséquences dommageables pour les créanciers sociaux, en aboutissant à l'effritement de leur gage sur l'actif de la filiale, si la filiale est « sacrifiée » dans l'intérêt du groupe. Ces politiques de « sacrifice » d'une filiale dans l'intérêt du groupe ne concernent pas bien sûr seulement les créanciers sociaux, mais aussi les salariés de la filiale – qui peuvent perdre leur emploi – et aussi l'intérêt collectif plus général et même l'Etat, dans certains cas notamment de filiales de sociétés multinationales. De tels cas défrayent assez souvent la chronique et on pourrait à cette place faire une mention à des affaires qui ont préoccupé beaucoup le public français, d'abord l'affaire Fruheauf dans les années 1960, ensuite l'affaire Metaleurop dans les années 2000<sup>1938</sup>. Au-delà de ce problème d'un « sacrifice » éventuel de la filiale par le groupe, se pose le problème des limites dans lesquelles une politique de segmentation des risques peut être poursuivie. La question s'est posée notamment à l'occasion des « single-ship companies », stratégie juridique dont la paternité est attribuée à l'armateur grec Aristotelis Onassis et toujours pratiquée beaucoup par les armateurs grecs<sup>1939</sup>. Le propriétaire d'une flotte de navires constitue ainsi autant de sociétés – le plus souvent constituées à des « paradis » juridiques – que des navires, chaque navire étant la propriété d'une société de groupe et chaque société du groupe n'ayant que la propriété d'un navire. Les sociétés propriétaires de navires de chaque groupe sont gérées sur le fondement de relations contractuelles par une société de gestion, elle-même constituée comme société off-shore, dont dirigeant unique et représentant est le véritable maître de l'affaire. Sociétés propriétaires de navires et société de gestion ont bien sûr leur siège réel en Grèce,

---

1938 Sur l'affaire Fruheauf v. CA Paris 22-5-1965 JCP G 1965, II no 14274 bis note, R. Contin. Sur l'affaire Metaleurop, v. infra.

1939 Sur les single-ship companies v. J.-Ph. Dom, thèse précitée, nos 639 suiv., K. Rigas (en grec) « La levée de l'existence distincte de la personnalité morale », Nomiki Vivliothiki 2008, p. 70 suiv., 165 suiv.

normalement au Pirée, le plus souvent dans le même établissement. De la sorte, les risques découlant de l'exploitation d'un navire sont cloisonnés au niveau de la société ayant la propriété de ce dernier, qui constitue d'ailleurs l'actif unique de la société ; en cas de perte du navire, il y a bien sûr substitution à ce dernier dans l'actif de la société de la valeur pour laquelle le bateau est assuré, mais cette valeur risque d'être très inférieure aux dommages subis, notamment s'il s'agit d'un bateau vieux et mal entretenu (« bateau-poubelle »)<sup>1940</sup>. Les autres actifs du groupe sont ainsi cloisonnés face aux risques et responsabilités découlant de l'exploitation de chaque navire du groupe (v. supra au début du Titre précédent sur la restriction de responsabilité du propriétaire de navire dans les deux pays sous comparaison et ses limites qui rendent intéressant le recours à des groupes de sociétés à navire unique). En plus, c'est souvent la société de gestion qui –tout en se présentant comme simple mandataire- est le bénéficiaire essentiel de l'exploitation des navires du groupe par le biais de ses relations financières avec les sociétés propriétaires de navire. La doctrine française observe aussi que l'objectif du cloisonnement des risques est poursuivi par d'autres contrats qui entourent le montage des «single-ship companies», de sorte que la question de qui est vraiment responsable pour l'exploitation du navire devient souvent très difficile<sup>1941</sup>. On peut bien sûr dire que les cocontractants des « single-ship companies » connaissent les risques qu'ils assument en concluant des opérations économiques avec de telles entités. La situation est absolument différente pourtant dans le cas de responsabilité extracontractuelle résultant de l'exploitation de navires, notamment dans le cas d'accidents maritimes avec de lourds effets de pollution, comme le public français a eu l'occasion de comprendre douloureusement dans le cas de du naufrage du navire Erika survenu en 2000 ; dans ce cas, la possession de la propriété du navire par une single-ship company maltaise exprimant les intérêts d'entrepreneurs italiens n'était qu'un seul des éléments du montage visant au cloisonnement de responsabilité, car cette société se présentait comme absolument étrangère de l'exploitation du navire, qui était exercée au titre d'armateur par une société bahaméenne, filiale à cent pour cent d'un trust bahaméen fantasmagorique, sans bureau ni téléphone et gérée par un cabinet d'avocats bahaméen, jouant évidemment le rôle d'hommes de paille ; la structure était complétée par un contrat de gestion nautique qui confiait les tâches de recrutement d'équipage et de capitaine à une filiale indienne d'une société spécialisée et

---

<sup>1940</sup> Ainsi Cl. Champaud- D.Danet « Stratégies judiciaires des entreprises », Dalloz 2006, p. 19-20.

<sup>1941</sup> V. Cl. Champaud - D. Danet « Stratégies judiciaires des entreprises », p. 19 suiv., plus généralement sur les stratégies d' « évitement processuel » utilisées dans le cadre des différents groupes de sociétés et plus particulièrement dans le domaine maritime par le biais d'utilisation de «single-ship companies».

par l'intermédiation de la relation entre armateur et navire par un agent établi à Lugano et l'assurance du navire auprès d'une compagnie de Bermudes<sup>1942</sup>. L'"ingéniosité" juridique développée en amont dans ce dernier cas par les véritables maîtres de l'affaire et leurs conseils juridiques dans le but de rendre autant difficile que possible la localisation du responsable véritable en cas de survenance d'un désastre éventuel paraît a posteriori – une fois le désastre survenu – comme ayant un caractère pervers, sans être toutefois quelque chose d'exceptionnel dans la vie des affaires maritimes. Un troisième problème est posé pratiquement par les groupes de sociétés, notamment ceux multinationaux – concerne la fiscalité. Par définition les groupes multinationaux s'efforcent autant que possible de localiser leurs activités à des pays avec les législations fiscales les moins exigeantes – une stratégie que les Etats capitalistes développés ont acceptée. Pourtant, dans plusieurs cas de figure les groupes multinationaux franchissent un pas supplémentaire, en s'efforçant de transférer artificiellement des revenus obtenus dans des pays avec une fiscalité plus lourde à des pays de fiscalité allégée ou même constituant des « paradis fiscaux » ; le moyen utilisé dans ce but est bien sûr l'organisation de transactions artificielles intragroupe transférant le revenu dans le sens souhaité. Il en résulte naturellement une perte artificielle de revenus fiscaux pour les Etats avec une fiscalité plus lourde (correspondant le plus souvent aux dépenses d'un Etat social développé) et la pression vers la concurrence fiscale vers le bas. L'organisation de l'entreprise en groupe de sociétés pose des problèmes aussi à cette constituante importante de l'entreprise que sont les salariés. Les salariés d'une filiale notamment d'un groupe multinational n'ont pas de la sorte contact avec les véritables détenteurs du pouvoir au sein de l'entreprise et leur puissance de négociation est réduite face à ces véritables maîtres de l'entreprise ; des problèmes importants surgissent par ailleurs de la réalité du groupe de société pour ce qui concerne les droits – comme celui français et dans une moindre mesure, celui grec - ayant opté pour une certaine participation des salariés à certains aspects du pouvoir dans l'entreprise (v. supra, Partie I)<sup>1943</sup>. Sur un autre plan, on a aussi rencontré des efforts de groupes de sociétés bancaires de contourner par le biais de filiales étrangères la législation nationale sur les prêts obligataires<sup>1944</sup>. Dans le cadre de ce

---

1942 V. pour la description de ce montage Cl. Champaud et D. Danet, op. cit., p. 20, soulignant que le montage était achevé par « ... l'éclatement délibéré de la structure managériale et ... la multiplication à l'infini des intervenants dont certains présentent un véritable caractère ectoplasmique ».

1943 Sur les problèmes que pose le groupe de sociétés pour le droit du travail v. J. Pélissier - A. Supiot - A. Jeaumaud « Droit du travail », Précis Dalloz, no 38 in fine, 610, M. Varela, op. cit., p. 73-74.

<sup>1944</sup> V. K. Karayannis, thèse précitée sur la simulation, p. 288-289.



montage, c'est la filiale étrangère qui contracte le prêt obligataire avec la garantie de la banque mère, pour le transférer par la suite à cette dernière comme « subordinate loan », qui est traité favorablement fiscalement (il est exonéré d'imposition) et comptablement (il s'agit selon la législation bancaire de fonds propres). L'objectif de ce montage est d'échapper aux formalités imposées par la législation nationale bancaire (p. ex. autorisation de la banque centrale) ou par le droit national de sociétés, mais aussi à la fiscalité nationale de l'opération. Si le recours à une filiale étrangère a une rationalité économique propre, il ne s'agit pas toutefois d'un montage frauduleux.

## **Par. 2 : La formation et le fonctionnement du groupe de sociétés dans les deux pays sous comparaison**

Dans ce paragraphe consacré essentiellement aux aspects juridiques de la mise en place et du fonctionnement du groupe de sociétés dans les deux pays sous comparaison, la France et la Grèce, nous allons étudier successivement les techniques juridiques utilisées pour la mise en place du groupe de sociétés dans les deux droits (A), les restructurations et les relations intragroupe (B), le cas particulier de la mise en place et du fonctionnement de la filiale commune de deux groupes de sociétés voulant coopérer (C).

### **A. Les techniques utilisées pour la mise en place du groupe de sociétés**

#### **Les techniques de provenance du droit des sociétés au sens strict**

La première technique de provenance de droit des sociétés pour la constitution d'un groupe de sociétés est bien sûr dans les deux droits sous comparaison celle classique, de la constitution notamment de sociétés filiales –une ou plusieurs- par le biais d'apports de la part de la société-mère mais aussi celle de plusieurs sociétés sœurs ayant entre elles une relation de complémentarité et contrôlées par la même personne physique<sup>1945</sup>. Cela renvoie naturellement à la question plus générale de la constitution de sociétés en droit français et en droit grec et les dispositifs d'ordre public imposés par chacun d'eux pour une constitution valable, ainsi qu'aux avantages et inconvénients que

---

<sup>1945</sup> Sur les modalités de constitution des groupes de société v. le Memento F. Lefebvre précité, nos 100 suiv. v. aussi sur les modalités de liens entre entreprises avec existence de dépendance entre elles N Rokas, manuel précité, p. 581-582.

présente chaque forme sociale dans chacun des deux droits sous comparaison (v. supra, Partie I). Le plus souvent d'ailleurs les filiales et sous-filiales sont constituées par des apports exclusivement de la part du groupe, avec participation de plusieurs sociétés de ce dernier, ou avec participation dans la filiale de la société-mère avec certains hommes de paille. Il est à noter que les efforts de deux droits sous comparaison de faciliter la création de sociétés (reconnaissance de sociétés unipersonnelles, diminution du capital social exigé pour les SARL/EPE, suppression de l'exigence d'une autorisation administrative pour la plupart des sociétés anonymes grecques) facilitent aussi – ou peut-être principalement – la création, le développement et la complexité des groupes de sociétés. Dans la grande majorité des cas, les filiales sont constituées en France et en Grèce sous la forme de sociétés à risques limités. Si la forme classique de la filiale est la SA/AE, en droit français les formes sociales de SAS et SCA peuvent présenter l'avantage d'offrir le contrôle d'une société par une autre sans possession de la majorité du capital de la première par la seconde (v. supra Partie I sur ces formes sociales avec structure « libérale » de pouvoir) ; une telle finalité peut aussi être poursuivie aujourd'hui dans les SA/AE avec l'émission d'actions de préférence ou privilégiées sans droit de vote ou, inversement, mais en droit français seulement, avec des droits politiques renforcés, pouvant aller selon certains auteurs jusqu'à la reconnaissance d'un droit de veto aux décisions des organes sociaux ou de désigner en assemblée des membres du conseil d'administration, bien que la reconnaissance de telles prérogatives ne fasse pas l'unanimité, possibilités qui en tout cas n'existent aujourd'hui en droit grec pour les actions privilégiées (v. supra Partie I sur ces actions et sur la possibilité reconnue par la loi grecque aux statuts d'une AE d'attribuer à un actionnaire un droit de nommer jusqu'au tiers des membres du conseil, sans autre participation de cet actionnaire à l'élection des autres administrateurs, droit pourtant qui ne peut pas être incorporé aux actions, et infra sur d'autres efforts de consolider le contrôle d'une société par une autre sans que la seconde possède la majorité du capital de la première). Pourtant, on peut rencontrer aussi des cas de filiales constituées sous la forme de sociétés de personnes, notamment des sociétés en nom collectif. Dans ce cas de figure, les avantages recherchés sont notamment fiscaux (sémi-transparence fiscale des sociétés de personnes françaises, qui permet de transporter aux autres sociétés du groupe le passif fiscal de la filiale et diminuer ainsi leur assiette imposable- v. supra Partie I), mais aussi ceux offertes par la discrétion (les sociétés de personnes ne sont pas obligées de publier leurs comptes sociaux)<sup>1946</sup>. La pluralité d'associés nécessaire pour cette forme sociale est

---

<sup>1946</sup> Sur les raisons du recours à la forme juridique de SNC dans le cadre des groupes de sociétés v. M. Cozian- A. Viandier- FI. Deboissy nos 1143 suiv. (avec une illustration amusante de

d'ailleurs obtenue dans ce cas par la participation dans la société en nom comme associés d'autres filiales du groupe, cette fois des sociétés à risques limités, avec comme résultat l'émergence de fait d'un nouveau type social, à savoir la société en nom dont tous les associés sont des sociétés à risques limités<sup>1947</sup>. Dans tous ces cas de figure, l'instrumentalisation du droit des sociétés et de son ordre public est évident, car l'objectif de l'opération n'est pas la constitution d'une société-entreprise autonome, d'une société-contrat ou d'un groupement de personnes, mais la mise en place d'une pièce juridique d'un ensemble plus général, exprimant au mieux une branche de l'activité du groupe, pièce soumise à la hiérarchie et à l'organisation d'un ensemble économique plus vaste, caractérisé par une unité de pouvoir.

Au-delà de cette technique assez « primaire » pour la constitution du groupe, le droit des sociétés connaît des techniques plus récentes et plus élaborées de création de groupes, à savoir la scission et l'apport partiel d'actif. Pour ce qui concerne la scission, comme nous avons vu dans la Partie I, elle est aujourd'hui reconnue et réglementée impérativement en droit français et en droit grec, dans le cas de ce dernier largement sous l'impact de l'harmonisation communautaire (L236-9, L236-10, L236-16 à L236-21 C.com., 81-89 L2190/1920)<sup>1948</sup>, étant conçue comme une dissolution de la société sans liquidation, avec transmission universelle de patrimoine le plus souvent à des nouvelles sociétés créées ad hoc et échange des actions de la société dissoute avec des actions de ces nouvelles sociétés. Ces actions peuvent bien sûr être apportées par la suite à une société holding (v. infra) avec comme effet la reconstitution d'une unité de contrôle. Il est à noter que le droit grec des sociétés reconnaît la scission avec effet de dissolution sans liquidation seulement pour les sociétés anonymes – mais en tout cas c'est dans ces sociétés que le procédé en cause est principalement pratiqué (v. d'ailleurs supra dans le Titre I de cette Partie sur un montage rencontré dans la pratique grecque et visant à une scission de fait d'une société

---

l'utilisation de SNC par le groupe de Bernard Tapie), 1519 (le recours à la SNC comme moyen de consolidation fiscale « sauvage », avec remontée des pertes des filiales à la société mère et diminution correspondante de son résultat imposable.)

1947 Pour une appréciation des différentes formes sociales du droit français du point de vue de leur utilisation comme filiales v. le Memento F. Lebevre précité, no 935 suiv. Sur la SNC dont tous les associés sont des sociétés anonymes v. N. Rokas, op. cit. p. 142, P. Papadrossou-Archaniotaki « La participation d'une société anonyme à une société en nom collectif », Sakkoulas 1999.

1948 Sur la scission en droit français v. M. Cozian - A. Viandier - FI. Deboissy, nos 1433 suiv. Plus particulièrement sur la scission comme modalité de constitution d'un groupe de sociétés, v. le Memento F. Lefebvre sur le groupe de sociétés, nos 3700 suiv. Selon M. Cozian - A. Viandier - FI Deboissy c'est seulement après 1995, avec la levée des obstacles fiscaux, que la scission a cessé d'être une curiosité juridique pour devenir un mode dans la vie des affaires (op. cit., no 1433). Pour le droit grec v. N. Rokas, op. cit., p. 471 suiv. La scission d'une société anonyme a été introduite en droit grec par le décret présidentiel 498/1987 émis dans le cadre de l'harmonisation du droit grec avec le droit communautaire.

anonyme sans respect de la réglementation impérative de cette dernière par le droit grec, avec présentation des dispositifs impératives des deux droits sous comparaison visant à la protection des créanciers sociaux en cas de scission). L'apport partiel d'actif est une technique plus proche de l'idée de filialisation, sans dissolution de la société qui fait l'apport, cette société acquérant des actions de la société bénéficiaire en « contrepartie » de son apport, opération présentant cette caractéristique qu'à la nouvelle société bénéficiaire à laquelle l'actif est apporté est aussi transmis cette part du passif de la société apporteuse correspondant à l'actif apporté, de sorte qu'il en résulte une transmission universelle de patrimoine. Dans le cadre d'une opération de filialisation, le ou les sociétés bénéficiaires de l'apport sont normalement constituées ad hoc. L'apport partiel d'actif peut ainsi être une technique de transformation d'une société en holding (v. infra) et de transfert de dettes de la société. Le droit français reconnaît la possibilité de l'apport partiel d'actif entre SA et le régleme impérativement en renvoyant aux dispositions sur la scission de SA, si les sociétés impliquées veulent attribuer à leur opération des caractéristiques d'acte sociétaire, avec transmission universelle de patrimoine (L236-22 C.com.), la jurisprudence acceptant aussi une telle possibilité pour les apports partiels d'actif entre SARL ; de la sorte, l'apport partiel d'actif comme transmission universelle de patrimoine ne peut se faire que sous la condition de respect de la procédure impérative de scission et des garanties de cette procédure pour les créanciers sociaux, la société apporteuse demeurant en principe solidairement responsable pour le passif transmis (v. supra sur la responsabilité solidaire des sociétés bénéficiaires de la scission et le droit d'opposition des créanciers de la société scindée si la responsabilité solidaire est par exception écartée). La doctrine française souligne que la fraude est une limite à l'opération d'apport partiel<sup>1949</sup>. A la différence du droit français et malgré la possibilité offerte par le droit communautaire, le droit grec n'a pas pour le moment procédé à une telle reconnaissance expresse de l'apport partiel d'actif ; est en plus expressément exclue par la loi sur l'incitation au développement la possibilité d'un apport d'une branche d'entreprise d'une AE à une autre AE comme opération sociétaire avec transmission universelle de patrimoine par application analogique des dispositions sur la scission (art. 4 par. 3 L2166/1993), disposition qui a mis fin à la controverse existant auparavant dans la doctrine. Ce qui peut se faire ainsi aujourd'hui en droit grec est un

---

<sup>1949</sup> Sur l'apport partiel d'actif en droit français v. M. Cozian- A. Viandier- Fl. Deboissy, nos 1499 suiv. L'apport partiel d'actif est d'abord un apport en nature, l'ensemble de biens apporté constituant une branche autonome d'activité. Selon l'art. L236-22 C. com., l'application du régime de scissions à un tel apport peut se faire par accord commun des sociétés participant à l'opération, celle apporteuse et celle bénéficiaire. Il en résulte que l'apport partiel d'actif comme transmission universelle de patrimoine peut se faire seulement avec le respect du dispositif sur la scission. Sur les effets de l'apport partiel, et notamment sur la transmission universelle de patrimoine portant sur la branche d'activité apporté v. C. cass. Ch. Com. 23 juin 2004, JCPE 2004, 2774, note A. Viandier.

apport d'un ensemble d'actif de la société-mère constituant le support d'une branche d'activité à une autre société avec acquisition d'actions de la société bénéficiaire par la société apporteuse ; cet apport a comme conséquence ex lege la responsabilité solidaire de la filiale ainsi créée avec la société mère pour les dettes de cette dernière selon l'art. 479 AK concernant la responsabilité solidaire du cessionnaire en cas de cession d'entreprise (v. supra) ; mais des incertitudes demeurent quant à la question de l'étendue de la responsabilité de la société bénéficiaire, à savoir si la responsabilité éventuelle de la filiale selon cet article serait seulement pour les dettes de la société mère correspondant à l'activité cédée ou pour l'ensemble des dettes de la société mère<sup>1950</sup>. Il est vrai que la réforme récente du droit fiscal grec par la loi 4172/2013 prévoit un régime fiscal favorable pour l'apport d'une branche d'activité d'une société à une autre, apport conçu comme transmission sans dissolution de la société de l'ensemble d'un actif et du passif lui correspondant pouvant constituer une exploitation autonome, avec comme contrepartie pour la société qui effectue l'apport la prise de droits de capital de la société bénéficiaire, avec référence expresse à la transformation de cette manière d'une succursale en filiale (art. 52 L4172/2013) ; mais l'impact de cette disposition de droit fiscal sur la conception du droit grec des sociétés pour l'apport partiel d'actif reste pour le moment une question ouverte. Une autre technique du droit des sociétés pouvant être utilisée dans les deux droits sous comparaison pour la prise de contrôle d'une société par une autre et l'intégration de la première au groupe de la seconde est l'augmentation du capital en numéraire réservée à la société voulant acquérir le contrôle (v. supra, Partie I sur l'augmentation du capital et son impératif en droit français et en droit grec).

### **Les techniques combinant des éléments du droit des sociétés avec celles de provenance du droit des contrats**

La filialisation d'une société par une autre peut bien sûr être obtenue aussi bien en droit français qu'en droit grec par l'acquisition d'un bloc de contrôle de parts ou actions

---

<sup>1950</sup> V. pour la question de l'apport partiel d'actif en droit grec N. Rokas, op. cit., p. 472-473. A défaut de disposition spéciale, on applique dans le cas de l'apport d'une branche d'activité le régime de la transmission à titre particulier, avec toutefois possibilité d'application de l'art. 479 AK sur la cession d'entreprise. V. Areios Pagos 736/2002, EEmpD 2003, p. 351. L'apport de branche d'activité d'une entreprise à une AE déjà fonctionnant ou constituée ad hoc est pourtant reconnu et traité fiscalement favorable par le dispositif grec sur les incitations au développement (L2166/1993). Il est d'autre part vrai que des incertitudes existent dans la doctrine et la jurisprudence quant à la procédure de prise de décision d'apport partiel ; l'opinion dominante exige ainsi décision de l'assemblée ordinaire, avec l'argument qu'une telle décision dépasse la gestion courante, tandis qu'une autre opinion exige même décision de l'assemblée extraordinaire ; pourtant, une autre opinion se suffit à une décision du conseil d'administration –v. sur cette question V. Antonopoulos, manuel précité sur les AE et EPE, p. 130-131.

de la société en cause par une autre société par voie de cession. La prise de contrôle d'une autre société par l'acquisition d'un bloc de contrôle (comme d'ailleurs la prise de contrôle par la participation à une augmentation réservée de capital) peut avoir des avantages importants par rapport à la création d'une nouvelle société filiale, car la société acquise peut disposer déjà d'un savoir-faire et plus généralement d'une organisation importante qu'il serait difficile de créer ex nihilo. En plus, l'acquisition d'un bloc de contrôle peut offrir le pouvoir au sein d'une société et entreprise déjà en place au moindre coût, sans avoir à financer exclusivement la création d'une filiale avec recours à des hommes de paille ou de rechercher des partenaires minoritaires<sup>1951</sup>. La cession d'un bloc de contrôle se fait dans les deux droits sous comparaison selon des techniques différentes tant du point de vue du droit des contrats que du point de vue du droit des sociétés (cession uno actu en droit français, dualisme des actes juridiques en droit grec avec caractère abstrait de l'acte de cession au sens strict – v. en plus supra Partie I, sur les différences de droit de sociétés de cessions de droits sociaux et notamment d'actions dans les deux droits). La cession de contrôle peut d'ailleurs être accompagnée de contrats accessoires (contrats de garantie, clause de non-concurrence, cession de compte courant), comme nous avons vu dans le Titre précédent<sup>1952</sup>. Souvent d'ailleurs la prise du contrôle se fait par le biais du recours aux techniques fiduciaires et plus particulièrement dans le cas du droit français à la technique du portage, avec intervention dans plusieurs cas comme porteur d'une banque (v. supra sur le montage du portage et plus généralement les techniques fiduciaires, leur intérêt dans la prise du contrôle d'une société et les conséquences imposées à leur utilisation par l'ordre public économique des marchés financiers et celui du droit bancaire)<sup>1953</sup> ; le recours aux démembrements de propriété avec objet des droits sociaux comme moyen de prise de contrôle ne peut pas non plus être exclu (v. supra sur ces techniques dans les deux droits sous comparaison). La technique du prêt de consommation des actions est d'autre part utilisée en France comme technique de gestion d'un contrôle déjà acquis, la société mère prêtant les actions qu'elle possède dans une filiale à un de ses dirigeants qui est choisi pour devenir administrateur de la filiale, la durée du prêt étant alignée à la durée du mandat (v. supra sur le prêt de consommation d'actions, ses effets juridiques et son utilisation en France pour faire face dans le passé à l'exigence d'ordre public de la qualité d'actionnaire comme condition de l'éligibilité d'une personne au poste d'administrateur et aujourd'hui à

---

1951 Sur l'acquisition de bloc de contrôle comme modalité de constitution de groupes de sociétés v. Memento F. Lefebvre, nos 320 suiv., N. Rokas, manuel précité, p. 581.

1952 V. Memento, F. Lefebvre, no 340 suiv.

1953 V. G. Théocharopoulou, thèse précitée, nos 538 suiv..

des clauses statutaires avec la même exigence)<sup>1954</sup>. En plus, dans les deux droits sous comparaison la prise de contrôle et la filialisation d'une société cotée fait l'objet d'une réglementation impérative spéciale et détaillée, relevant de l'ordre public économique sociétaire des marchés financiers (v. supra, Partie I), conformément au caractère très important du changement de contrôle dans ces institutions juridico-économiques majeures du capitalisme contemporain que sont les sociétés cotées. L'acquisition du contrôle d'une société cotée et son intégration dans un groupe de sociétés se fera nécessairement par le biais d'une offre publique amicale ou hostile en cas de dispersion importante de l'actionariat (v. supra, Partie I sur la réglementation des offres publiques dans les deux droits sous comparaison). Autre implication du phénomène du groupe de sociétés, l'initiateur de l'offre peut proposer l'échange des titres présentés avec des titres appartenant à une autre société de son groupe. La pratique française connaît d'ailleurs la relation entre OPA et groupe de sociétés sous un autre aspect, avec le phénomène des offres publiques dites « jumelées », à savoir celles lancées en même temps par le même initiateur avec comme cible plusieurs sociétés, chaque offre étant soumise à la condition de la réussite des autres offres, dans le but évident de filialisation de plusieurs sociétés par un ensemble d'opérations juridiquement distinctes mais interdépendantes, procédé aujourd'hui expressément reconnu en France par l'art. 231-10 Règl. gén. AMF<sup>1955</sup>. Il est à noter que pour ce qui concerne les prises de participations par les établissements de crédit dans les sociétés non financières, les deux droits sous comparaison contiennent des dispositifs d'ordre public (aujourd'hui largement harmonisés par le droit communautaire) de plafonnement de ces participations par rapport aux fonds propres des établissements de crédit, dans le but de limiter la prise des risques du secteur bancaire en dehors de son métier et avec la qualité d'associé, des limites importantes à la constitution de groupes industriels contrôlés par les banques<sup>1956</sup>

La prise du contrôle d'une société et son intégration dans un groupe peut d'ailleurs se faire d'une manière plus subtile par l'organisation d'un réseau de conventions

---

<sup>1954</sup> M. Cozian-A. Viandier-FI. Deboissy, no 529.

<sup>1955</sup> V. A. Couret- H. Le Nabasque et alii no 1364, citant comme exemple d'offres publiques « jumelées » celles lancées en 2001 par Arcelor sur Usinor, Arbed et Aceralia.

<sup>1956</sup> V. G. Kontogeorga -Théocharopoulou, thèse précitée, notamment nos 472 suiv., sur la logique de ces plafonnements (protection face aux risque de liquidité, car les participations à des entreprises non financières peuvent immobiliser pendant longtemps les ressources des établissements de crédit, et face au risqué de solvabilité, car ces participations sont présumées d'un risqué accru et sont financés exclusivement par des fonds propres) et sur les ratios sur fonds propres - de 15 pour cent pour la participation à une entreprise unique et de 60 pour cent pour la prise de participations à une activité donnée (v. d'autres ouvrages sur le sens de ces ratios). Il s'agit bien sûr de seuils pris en compte sur une base consolidée.

extrastatutaires, notamment des conventions de vote<sup>1957</sup>. Cette technique d'acquisition du contrôle peut se présenter comme plus économique par rapport à l'acquisition d'un bloc d'actions offrant la domination absolue au sein de la société. Pourtant, l'organisation d'un réseau de pactes extrastatutaires n'est pas toujours facile et en plus les pactes en cause présentent aussi bien en droit français et en droit grec des difficultés certaines (problème de limitation de leur licéité par l'ordre public sociétaire, malgré la reconnaissance de cette licéité de principe, effet relatif des engagements, difficultés de leur mise en oeuvre si le débiteur est récalcitrant – v. ci-dessus dans le chapitre précédent) ; c'est pourquoi l'intégration d'une société à un groupe sur le fondement seulement des pactes extrastatutaires ne paraît pas une affaire facile, sauf circonstances particulières, sans pourtant pouvoir être exclue (v. supra dans le Titre précédent sur les efforts des particuliers de consolider leur pactes extrastatutaires et de leur donner le maximum possible d'effectivité). Se pose aussi la question de la construction éventuelle de groupes de sociétés par le biais de liens contractuels entre sociétés. Inspirée des considérations de la doctrine allemande, la doctrine grecque considère comme une modalité de création d'entreprises liées (v. infra sur ce terme en droit grec et sa relation avec le groupe de sociétés) la mise contractuelle d'entreprises indépendantes sous direction unique sans relation de dépendance entre elles, un point de vue pris aussi en compte par la loi grecque (v. infra) ; on pourrait pourtant dire que de telles mises contractuelles de sociétés sous direction unique ne sont pas exemptes de problèmes du point de vue de l'ordre public sociétaire pour ce qui concerne les pouvoirs ex lege de leurs organes sociaux<sup>1958</sup>. Le droit allemand connaît même le contrat dit de domination entre sociétés, par le biais duquel une société se met sous la domination d'une autre, en s'intégrant ainsi au groupe de la seconde<sup>1959</sup>. Nous croyons toutefois que cette modalité d'intégration contractuelle d'une société à un groupe n'est pas licite ni en droit français ni en droit grec ; le contrat de domination d'une société par une autre, selon lequel les organes de la première seraient obligés de suivre les instructions et ordres de la seconde, serait contraire à la mission impérative légale des organes de direction – aussi bien en droit français qu'en droit grec et

---

1957 Sur l'utilisation des pactes d'actionnaires dans la constitution de groupes de sociétés v. Memento F. Lefebvre, no 2850 suiv.

<sup>1958</sup> V. sur la constitution de groupes par le biais de liens contractuels entre sociétés N. Rokas, manuel précité, p. 582, M. Varela, op. cit., p. 23 suiv.

1959 Sur le contrat de domination – ainsi que sur le contrat de transfert de bénéfices v. N. Rokas, op. cit. p. 581-582. On ne doit pas confondre contrat de domination et contrat de gestion ou de management – v. supra. Sur le contrat de domination en droit allemand v. M. Fromont « Droit allemand des affaires », no 468.



notamment pour ce qui concerne les sociétés anonymes<sup>1960</sup>. On ne doit pas confondre avec ce contrat de domination le contrat dit de gestion d'une société par une autre (v. supra sur ce contrat, dit aussi contrat de management). Ce dernier n'est pas réputé dans sa forme classique être constitutif d'un groupe de sociétés entre les sociétés coopérantes car il ne crée pas une relation de contrôle d'une société par une autre, comme les sociétés parties de la relation maintiennent leur autonomie juridique et économique<sup>1961</sup>. Pourtant, il peut lui aussi être utilisé dans la construction de groupes de sociétés ou le renforcement de liens entre sociétés appartenant au même groupe dans les cas où sociétés gérées et sociétés de gestion sont contrôlées par les mêmes personnes. Une illustration de cette modalité de construction de groupes de sociétés est donné dans le domaine maritime, notamment en Grèce, où une société a la propriété du navire (le plus souvent il s'agit de single-ship company ayant son siège statutaire à un paradis juridique) et une autre assume la tâche de la gestion du navire, par le biais de la conclusion de contrats d'agence ou de management avec la première société, les deux sociétés appartenant à la même ou aux mêmes personnes ; mais en France aussi de telles procédés ont fait leur apparition, p. ex. dans le domaine de l'hôtellerie, souvent aussi avec recours à des entités de droits exotiques (v. supra sur les problèmes posés par le contrat de management du point de vue des ordres public sociétaires français et grec)<sup>1962</sup>.

### **L'émergence des sociétés holdings**

Le développement du phénomène du groupe de sociétés notamment en France mais aussi dans une moindre mesure en Grèce va de pair avec le développement des

---

1960 M. Varela op. cit. p. 26-28. L'art. 96 § 1 L2190/1920 prévoit la possibilité de sociétés (d'entreprises, selon le terme de la loi) mises sous direction unique par voie de convention. Pourtant, l'article se réfère à une convention égalitaire, poursuivant l'intérêt commun des sociétés impliquées. Une partie importante de la doctrine grecque accepte toutefois la possibilité de conclusion valable de conventions de domination sous conditions, notamment la décision de l'assemblée statutaire ou même l'unanimité des actionnaires. V. N. Rokas op. cit. p. 582, contra K. Pamboukis « Intégration de société anonyme à un groupe multinational », p. 27 suiv., soutenant qu'une telle convention serait nulle comme contraire à des dispositions légales d'ordre public même en cas de consentement unanime des actionnaires. V. aussi M. Varela, op. cit., p. 28, soutenant que l'adoption de la possibilité de conclusion valable de conventions de domination d'une société par une autre est contraire à la volonté historique de législateur grec.

<sup>1961</sup> V. ainsi M. Varela, op. cit., p. 25-26.

<sup>1962</sup> V. aussi sur les liens contractuels entre sociétés A. Argyriadis « Les méthodes de collaboration entre entreprises indépendantes en droit grec », RHDJ 1977, p. 86, K. Rigas, monographie précitée, p. 70-71. Pour un exemple français d'un minigroupe de sociétés dont l'une – se présentant comme société de Jersey- était propriétaire des murs d'un hôtel en France et une autre – SARL française- avait sur le fondement d'un contrat la gestion de l'hôtel, les deux appartenant à la même personne – v. l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 3 juin 2004 de la Chambre criminelle de la Cour de cassation, cité et présenté ci-dessous.

sociétés holding, un phénomène juridique étudié davantage par la doctrine française<sup>1963</sup>. La holding est définie comme une société qui détient des participations dans une ou plusieurs autres sociétés, sans exercer elle-même une activité industrielle ou commerciale<sup>1964</sup>. L'intérêt principal de la holding et des sous-holdings est qu'elles peuvent faciliter la prise de contrôle de sociétés et la constitution de groupes de sociétés avec un effet de levier juridique et financier (v. aussi infra sur les opérations de LBO avec recours à des sociétés holdings). C'est surtout le cas avec les groupes de sociétés ayant une holding à leur tête et structure pyramidale, avec filiales et sous-filiales, l'effet de levier étant dans ce cas maximal. On rencontre toutefois aussi des cas de groupes avec une holding à leur tête et structure radiale (les filiales ne sont pas financièrement liées entre elles), circulaires (avec participations des sociétés filiales ou sous-filiales à la société holding tête du groupe) ou complexes, avec combinaison des trois autres cas<sup>1965</sup>. Les prises de participation par les établissements de crédit dans les entreprises non financières sont en plus souvent organisées par l'interposition d'une holding- filiale spécialisée de l'établissement de crédit<sup>1966</sup>. La holding à la tête du groupe peut aussi exprimer un effort de spécialisation des tâches entre les sociétés du groupe et d'organisation d'une échelle d'hierarchie entre celles-ci, la holding assumant les tâches stratégiques au sein du groupe. Aussi bien la doctrine française que celle grecque soulignent que la société holding peut prendre n'importe quelle forme sociétaire, même la forme d'une société sans personnalité morale<sup>1967</sup>. La holding peut ainsi constituer la structure servant d' « état-major » du groupe de sociétés, la structure à partir de laquelle le groupe de sociétés est dirigée et restructuré<sup>1968</sup>. La localisation de la holding- tête du groupe à l'un ou l'autre pays peut

---

<sup>1963</sup> V. à titre indicatif F. Drummond « La société dite holding », thèse Paris II, 1993, H. Bardet- A. Beetchen- A. Charvériat -B. Gouthière « Les holdings – Guide juridique et fiscal ». F. Lefebvre 2007, 4e édition et pour le droit N. Rokas, op. cit., p. 580, M. Varela, op. cit. p. 59-60.

<sup>1964</sup> N. Rokas, op. cit. p. 580. V. toutefois H. Bardet - A. Beetchen - A. Charvériat - B. Gouthière, op. cit. no 5, sur la distinction entre holdings « pures » et « impures ». V. ibid, nos 30 suiv., sur la typologie des holdings.

<sup>1965</sup> V. sur cette typologie Ph. Merle, manuel précité, no 645.

<sup>1966</sup> V. sur cet aspect et les problèmes en résultant du point de vue de la réglementation bancaire mais aussi du droit des sociétés en droit français et en droit grec G. Kontogeorga-Théocharopoulou, thèse précitée, nos 555 suiv.

<sup>1967</sup> Sur les formes sociales avec personnalité morale du droit français utilisées comme holding v. Memento F. Lefebvre précité, nos 2700 suiv., H. Bardet - A. Beetchen - A. Charvériat - B. Gouthière, op. cit., nos 50 suiv. Sur l'utilisation de la société en participation comme holding v. B. Dondero « Société en participation » in « Ingénierie juridique et fiscale » Dalloz, no 77-55. Sur la possibilité pour la société holding d'avoir toute forme juridique, même celle d'une société civile qui n'a pas en principe pour le droit grec la personnalité morale v. N. Rokas op. cit., p. 580.

<sup>1968</sup> V. sur la holding dans le cadre du groupe de sociétés H. Bardet -A. Beetchen - A. Charvériat - B. Gouthière, op. cit. no 17-18, M. Varela, op. cit. p. 59. Il est vrai d'autre part que la holding peut aussi avoir d'autres utilités (« holding de famille », « holding de rachat »), ainsi que la

d'ailleurs être le résultat de calculs juridiques (application d'un droit de sociétés national « flexible » et facilement maniable dans les différentes opérations des maîtres du groupe), mais aussi fiscaux, notamment dans le cadre des groupes multinationaux. Pourtant, la société holding peut être utilisée pour d'autres fonctions que de constituer la société-mère « état-major » d'un groupe de sociétés (v. supra sur les conventions de vote matérialisées par une société holding et infra sur l'utilisation de holdings dans le cadre de montages sociétaires de nature patrimoniale). Il est pourtant vrai que les distinctions en cause ne sont pas étanches : ainsi, l'organisation d'une convention de vote par le biais de l'apport d'un bloc d'actionnaires à une société holding, de sorte que l'un d'eux contrôle la holding et indirectement la société dont les actions ont été apportées à cette dernière et les filiales de cette société, peut très bien être un procédé de prise ou de changement de contrôle au sein d'un groupe de sociétés<sup>1969</sup>. Rien n'exclut en plus l'utilisation de plusieurs holdings, l'une possédant la majorité du capital de la holding suivante dans la pyramide du groupe, dans le but de garantir le maximum d'effet de levier juridique<sup>1970</sup>

Dans le cadre de l'utilisation de la holding comme société-mère, il y a une situation paradoxale du point de vue de la destination traditionnelle des sociétés de constituer la forme juridique d'entreprises. La holding est ainsi dans ce cas de figure avec soin éloignée de tout exercice direct d'activité d'entreprise, tout en exerçant la fonction de direction suprême d'autres sociétés-entreprises qu'elle contrôle et qu'elle peut utiliser comme des pions à une stratégie plus générale, souvent avec des préoccupations plutôt financières. L'instrumentalisation des sociétés et de leur impératif à des fins atypiques par rapport à celles initialement voulues par le législateur est ainsi évidente. Ce qui est sûr est que les sociétés holdings sont aujourd'hui des pièces centrales dans la construction de groupes de sociétés aussi bien en France qu'en Grèce ; il n'est pas d'ailleurs rare de voir des sociétés ayant une activité importante industrielle ou commerciale se transformer en holdings dans le processus de filialisation, dans le cadre aussi souvent de restructuration ou d'abandon de branches d'activité. En tout cas, malgré la contestation dans le passé des sociétés holdings, notamment en France, leur licéité de principe n'est contestée aujourd'hui par personne ni en France ni en Grèce<sup>1971</sup>.

---

holding peut organiser le contrôle d'un conglomérat de participations, sans cohérence interne – v. Memento. F. Lefebvre, op. cit., no 2700.

<sup>1969</sup> V. G. Kontogeorga -Théocharopoulou, op. cit., nos 579 suiv.

<sup>1970</sup> V. ainsi J.-Ph. Dom, thèse précitée, nos 406 suiv., sur l'utilisation de plusieurs holdings dans l'exemple présenté ci-dessus du groupe de Fontgallant.

<sup>1971</sup> Ce n'était pas toutefois toujours le cas en France, où la jurisprudence envisageait pendant longtemps les holdings soit comme des sociétés de façade soit comme des conventions de vote prohibées – v. M. Cozian - A. Viandier - Fl. Deboissy, op. cit., no 1496. La conséquence en était que

## B. Le fonctionnement des groupes: restructurations et relations intragroupe

### Les restructurations

Le fonctionnement des groupes de sociétés est en effet un processus de restructuration permanente des structures du groupe<sup>1972</sup>. Le "montage structurel" du groupe des sociétés n'est de la sorte jamais stable, il est en situation de changement quasi-permanent soit à la suite de changements dans l'environnement du groupe, soit à la suite de changements dans la stratégie de ce dernier. Les dernières décennies les groupes de sociétés sont plus particulièrement caractérisés par une tendance de « recentrage » dans leur « métier d'origine » suivie d'une tendance d' « externalisation » d'activités vers des sous-traitants ; les frontières réelles du groupe et de l'entreprise exprimée par le groupe deviennent ainsi dans ces cas incertaines, car les sous-traitants des activités externalisées sont juridiquement indépendants et non contrôlés par le groupe au sens que le droit des sociétés donne au contrôle (v. infra) tout en étant en fait économiquement dépendants face au groupe de sociétés auquel ils sont liés<sup>1973</sup>. Sur le plan juridique, les restructurations du groupe peuvent s'opérer par la voie de cession ou d'abandon de filiales, de fusions, de scissions ou d'apports partiels d'actifs. Ces restructurations du groupe peuvent être d'une grande complexité, notamment en France, où le phénomène de groupes de sociétés est plus répandue et son rôle dans la vie économique plus grand<sup>1974</sup>. Parmi les cas particuliers et intéressants ayant fait leur apparition dans la pratique française, on doit notamment relever la fusion dite « à l'envers », montage consistant à faire absorber la société la plus prospère du groupe par une autre société –normalement une filiale- en situation obérée, notamment dans le but d'imputer les déficits de la seconde au résultat de la première en visant à une économie fiscale<sup>1975</sup>. La pratique française a aussi connu des cas du montage de "quasi-scission" au sein de groupes de sociétés, visant à suivre une troisième voie entre

---

les tribunaux français prononçaient la nullité de la holding. V. aussi la thèse précitée du Pr. F. Drummond critique à l'égard des holdings comme instrument d'atteinte au principe de proportionnalité. La Cour de cassation a abandonné cette position en 1985 avec sa décision dans l'affaire Lustucru / Rivoire et Carret – C. cass. Ch. Com. 2 juillet 1985. Bully Joly soc. 1986, p. 229 et 374, obs. W. Le Bras, et dans la même affaire C. cass. Ch. Com. 24 février 1987, p. 213, note P. Le Cannu.

<sup>1972</sup> Sur la restructuration permanente comme élément « consubstantiel » du groupe v. P. Didier, t. 2, p. 533.

<sup>1973</sup> Sur la tendance vers l'externalisation (complémentaire avec celle de recentrage) v. B. Baudry « Economie de la firme », précité, p. 99 suiv. Sur le groupe de fait P. Didier, t. 2, p. 543.

<sup>1974</sup> Pour des exemples de restructuration au sein de groupes français dans les années 1990 v. J. - Ph. Dom, thèse précitée, nos 113 suiv.

<sup>1975</sup> M. Cozian-A. Viandier-FI. Deboissy no 1418.

la scission formelle et l'apport partiel d'actif, dans un but de séparer les activités du groupe et de permettre une meilleure appréciation des résultats de chacune d'elles dans un environnement de marchés financiers favorables à la spécialisation des sociétés cotées (apport des actions des filiales du groupe s'activant à l'un des domaines qu'on voulait séparer à une nouvelle société, suivi d'une réduction de capital permettant l'attribution des actions de cette filiale intermédiaire aux actionnaires de la société mère, de sorte que chacun d'eux détenait désormais des actions de deux sociétés au lieu de celles d'une)<sup>1976</sup>. Plus particulièrement pour ce qui concerne les fusions (fusions-absorptions ou fusion par création d'une nouvelle société), procédés de disparitions de sociétés sans liquidation, nous rappelons seulement que les deux droits sous comparaison les reconnaissent avec des effets de transmission universelle de patrimoine tout en les soumettant à des régimes impératifs aujourd'hui largement convergents sous l'influence du droit communautaire ; ces régimes visent à la protection des minoritaires et des créanciers sociaux y compris avec reconnaissance de droits d'opposition de ces derniers et servent de base pour les dispositifs sur la scission et, en droit français, l'apport partiel d'actif (v. supra Partie I sur ces régimes ainsi que sur le régime spécial restrictif de nullité des opérations de restructuration). Ces régimes impératifs sur la fusion et la scission constituent bien sûr des contraintes à prendre en compte pour les opérations de restructuration au sein des groupes de sociétés. Il est aussi à rappeler que le droit grec maintient la condition impérative d'autorisation administrative après contrôle de licéité de l'opération pour l'achèvement de la procédure des fusions et scissions, un dispositif qui ne se retrouve pas en droit français. En plus, le droit grec des sociétés présente la particularité par rapport au droit français qu'il ne reconnaît comme opérations juridiques effectuant transmission universelle du patrimoine que les fusions entre AE ou entre EPE (v. supra, Partie I), en étant de la sorte moins favorable que le droit français face aux restructurations nécessaires dans la vie des groupes. Il est toutefois vrai que le plus souvent les opérations de fusions au sein des groupes concernent les fusions entre sociétés anonymes ; en outre, la législation grecque sur les incitations au développement traite de la même manière toute sorte de fusion d'une entreprise en AE, en leur offrant les mêmes avantages fiscaux, dispositif qui influence la pratique des autorités administratives contrôlant et autorisant les fusions (v. supra)<sup>1977</sup>. Les deux droits sous comparaison ont aussi introduit des dispositifs de fusion simplifiée pour la

---

<sup>1976</sup> Sur ce montage v. M. Cozian-A. Viandier-FI. Deboissy no 1436, décrivant le montage dans le groupe Accor.

<sup>1977</sup> D'autre part, le droit fiscal grec ne distingue pas entre fusions au sens propre et « fusions » n'opérant pas transmission universelle de patrimoine. Sur les fusions en droit grec v. N. Rokas, op. cit., p. 462 suiv.

fusion de sociétés possédées à cent pour cent par d'autres sociétés, des dispositifs qui évidemment visent à faciliter les fusions au sein de groupes de sociétés ; pourtant, ils offrent aujourd'hui à la minorité de cinq pour cent du capital (libéré en droit grec) de la société absorbante un droit d'ordre public de déclencher une procédure de convocation de l'assemblée générale de cette société pour statuer sur l'opération (v. supra, Partie I, sur les dispositifs de fusion simplifiée et leurs différences en droit français et en droit grec). Il est aussi à noter qu'alternativement à la fusion simplifiée d'une filiale à cent pour cent, il y a en droit français la possibilité sur le fondement de l'art. 1844-5 C. civ. d'une dissolution de cette société sans liquidation, par transmission universelle du patrimoine de la filiale à la société la contrôlant à cent pour cent, chose qui permet notamment de gagner du temps par rapport à la procédure de fusion, une possibilité qui n'existe pas en droit grec<sup>1978</sup>. Des auteurs français proposent en plus de donner une consécration légale tout en le simplifiant au montage rencontré dans la pratique étrangère de fusion-filialisation, dans lequel toutes les actions d'une société sont cédées par les actionnaires à une autre, sans dissolution de la première société, avec comme contrepartie l'attribution à eux d'actions de la société cessionnaire ; il y aurait de la sorte une modalité alternative de fusion à côté de la fusion-disparition d'au moins une société participant à l'opération, en permettant ainsi selon les auteurs qui soutiennent ce point de vue d'éviter les difficultés de cette dernière<sup>1979</sup>. Il est à noter que la reconnaissance sous conditions des fusions transfrontalières des sociétés de capitaux par le droit communautaire, opération pendant longtemps douteuse, facilite les opérations de restructuration des groupes multinationaux au niveau européen avec des implications évidentes pour les sociétés françaises et grecques (directive du 26 oct. 2005, L236-25 à L235-32 C. com., L3379/2009 )<sup>1980</sup>.

### **Les relations intragroupe**

Egalement intéressantes du point de vue juridique et économique sont les relations juridiques entre les différentes sociétés du même groupe de sociétés et plus particulièrement les contrats noués entre ces sociétés<sup>1981</sup>. Ces contrats sont le plus souvent nécessaires pour le fonctionnement du groupe et constituent l'un de ses avantages les plus essentiels, car la répartition du travail entre les différentes sociétés du groupe est

---

<sup>1978</sup> Sur les avantages de cette technique par rapport à la fusion simplifiée, v. Memento F. Lefebvre sur le groupe de sociétés, no 21012.

<sup>1979</sup> Ainsi F. Barrière « La fusion-filialisation », Rev. soc. 2013, p. 667, avec aussi des développements sur les fusions triangulaires pratiquées aux Etats-Unis.

<sup>1980</sup> M. Cozian-A. Viandier- Fl. Deboissy, nos 1410 suiv., M. Menjucq nos 310 suiv., N. Rokas, op. cit., p. 38-39.

<sup>1981</sup> V. Memento F. Lefebvre, nos 3505 suiv.

complétée avec des échanges avantageux entre les différentes parties de la répartition. D'autre part, ces échanges peuvent présenter des problèmes sérieux, car c'est exactement par le biais de ces circuits d'échanges intragroupes que les dangers liés au phénomène du groupe de sociétés peuvent avoir lieu (« spoliation » d'une société au profit d'autres sociétés du groupe, fraude aux droits des créanciers d'une filiale, fraude aux droits du fisc avec transfert artificiel des revenus créés dans un pays de fiscalité normale à un « paradis fiscal »). Comme le phénomène du groupe de sociétés est plus développé en France qu'en Grèce, il est normal que la question des conventions intragroupes a préoccupé davantage la doctrine française que celle grecque<sup>1982</sup>. Les conventions entre les différentes sociétés du groupe peuvent ainsi être des conventions de gestion et de prestation de services, des conventions de trésorerie, des conventions industrielles et commerciales, des conventions d'approvisionnement et de logistique. Les conventions de gestion et de prestations entre les sociétés du même groupe sont très diverses et c'est le plus souvent la société-mère qui offre de telles prestations à ses filiales<sup>1983</sup>. Les conventions industrielles et commerciales peuvent concerner des conventions de recherche et de développement, d'utilisation de brevets et de savoir-faire ou de marques et de logo, dans tous ces cas la société-mère jouant un rôle de coordination et de centralisation des ressources<sup>1984</sup>. Dans cette même catégorie des conventions industrielles et commerciales, on peut mentionner les cessions de matières premières et de produits intermédiaires entre les sociétés du même groupe, ainsi que l'octroi en location-gérance du fonds d'une société du groupe à une autre<sup>1985</sup>. Sont aussi envisageables des conventions de représentation commerciale entre les sociétés du même groupe<sup>1986</sup>. Dans la catégorie des conventions d'approvisionnement et de logistique on peut mentionner les conventions de centralisation des achats, les « contrats de référencement » (autrement dit de la centralisation de certaines activités du groupe à l'égard des tiers, des contrats de logistique et de transport<sup>1987</sup>. Plus intéressantes que les conventions appartenant aux catégories mentionnées ci-dessus sont peut-être les conventions de trésorerie entre les sociétés d'un même groupe. Les groupes entendent ainsi souvent mettre les excédents de trésorerie de certaines de leurs sociétés à la disposition d'autres sociétés du groupe se trouvant en besoin de financement. Ce transfert de ressources peut prendre un caractère permanent par le biais d'une convention dite

---

1982 V. ainsi D. Ohl « Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe », LGDJ 1982, préface M. Cabrillac.

1983 Memento F. Lefebvre, nos 3651 suiv.

1984 Memento F. Lefebvre, nos 3670 suiv.

1985 Memento F. Lefebvre, nos 3672-3674 suiv.

1986 Memento F. Lefebvre, nos 3676 suiv.

1987 Memento F. Lefebvre, nos 3680 suiv.

d'omnium, une société (le plus souvent la société-mère) ayant la mission de centraliser les fonds disponibles des différentes filiales, puis les redistribuer ou les placer selon l'intérêt du groupe dans les sociétés en besoin de ressources<sup>1988</sup>. On rencontre en plus dans la pratique des groupes français la technique d'abandon de créance entre sociétés du même groupe avec retour à meilleure fortune<sup>1989</sup>. Dans ce cas, à la différence d'un abandon pur et simple, portant renonciation définitive de la créance, l'abandon avec clause de retour à meilleure fortune introduit à l'abandon une condition (le retour de la filiale à meilleure fortune), visant à faire renaître la créance une fois la condition accomplie<sup>1990</sup>. Les conventions intragroupes peuvent revêtir ou ne pas revêtir une forme écrite ; elles peuvent parfois être matérialisées par le biais de sociétés ou de groupements d'intérêts économiques, en ajoutant de la sorte à la complexité du "montage structurel" qu'est le groupe de sociétés (c'est notamment le cas de la centralisation des actions ou de logistique)<sup>1991</sup>.

### **C. Le cas particulier de la filiale commune**

#### **La problématique de la filiale commune**

La filiale commune a une place particulière dans le "montage structurel" qu'est le groupe de sociétés, parce qu'il s'agit d'une structure étant utilisée pour matérialiser la coopération entre deux groupes de sociétés, participant à la filiale comme associés soit par le biais de leurs sociétés-mères, soit par le biais d'une de leurs filiales. Le phénomène des filiales communes de groupes puissants a pris un essor certain les dernières décennies, car la coopération est fréquemment obligatoire – même si la concurrence et le conflit souvent sans limites demeurent la règle – pour faire un usage rationnel des ressources, p. ex. en matière de recherche et de développement, ou pour garantir ou conquérir une niche du marché. L'utilisation de la filiale commune comme moyen pour mettre en œuvre des pratiques contraires au droit de la concurrence n'est pas bien sûr exclue dans la réalité<sup>1992</sup>.

---

1988 Sur ces conventions dites d'omnium v. Memento F. Lefebvre, no 3661. Sur l'importance du crédit intragroupe v. M. Varela, op. cit., p. 69.

1989 Memento F. Lefebvre, no 3663.

1990 Plus exactement, il s'agit de deux conditions à la fois, à savoir d'une condition résolutoire, sa survenance entraînant la caducité rétroactive de la remise de dette consentie par le créancier, et d'une condition suspensive, l'engagement du débiteur de restituer ce qui lui a été abandonné étant subordonné à son retour à meilleure fortune- v. Memento F. Lefebvre, no 3663. La technique de l'abandon de la créance avec retour à une meilleure fortune est bien sûr transposable en droit grec.

1991 Memento F. Lefebvre, no 3650, 3685.

1992 V. M. Varela, op. cit., p. 61.



La problématique de la filiale commune de deux groupes avec puissance équivalente est différente de celles de la filiale classique faisant partie d'un groupe de sociétés : dans le second cas, il y a typiquement contrôle absolu de la société - mère du groupe sur la filiale ; par contre, dans le cas de la filiale commune l'objectif recherché est un partage paritaire du pouvoir, sur une base d'égalité stricte du pouvoir dans la filiale commune, et cela même si le partage du capital social au sein de la filiale commune n'est pas strictement égalitaire<sup>1993</sup>. L'effort d'organiser un contrôle égalitaire même en cas d'inégalité de capital peut poser des difficultés importantes dans les types sociaux fonctionnant selon la loi sur un fondement – souvent d'ordre public (v. supra Partie I)- de principe majoritaire. En revanche, pour ce qui concerne leur relation avec la notion d'entreprise, les filiales communes ne s'éloignent pas beaucoup de la situation de plusieurs “filiales classiques”, car elles n'expriment pas juridiquement la totalité de l'entreprise, mais certains de ses aspects, ceux que les groupes associés décident de mettre en commun.

### **La filiale commune en France**

En France le phénomène des filiales communes de groupes de sociétés a attiré assez tôt l'intérêt de la doctrine<sup>1994</sup>. La filiale commune est d'ailleurs intégrée par la doctrine française dans le phénomène plus général de la “contractualisation” du droit des sociétés (v. supra, Partie I)<sup>1995</sup>. La doctrine française remarque ainsi que dans les filiales communes il y a une nouvelle apparition des éléments essentiels dans la conception classique de la société d'intuitu personae et surtout de l'affectio societatis<sup>1996</sup>. Les problèmes essentiels dans l'organisation de la filiale commune sont pour la doctrine française le choix de la forme sociale appropriée et l'organisation d'une relation d'égalité absolue dans la structure du pouvoir de la forme sociale choisie<sup>1997</sup>. La structure de la société en nom collectif présente ainsi des avantages certains comme forme d'organisation de la filiale commune (unanimité ex lege – bien que de droit supplétif – pour la prise de décision, caractère fermé ex lege – sauf décision unanime, selon une règle d'ordre public, autorisant la cession des parts d'un associé, grand espace laissé à la liberté contractuelle pour l'organisation de

---

1993 Sur l'aspect égalitaire comme essentiel dans la problématique des filiales communes v. G. Goffaux-Callebaut « Du contrat en droit des sociétés », ouvrage précité, no 93.

1994 M. Jeantin « La filiale commune », thèse Tours, 1975.

1995 G. Goffaux-Callebaut « Du contrat en droit des sociétés », ouvrage précité, notamment nos 93 suiv.

1996 G. Goffaux-Callebaut, op. cit., no 101.

1997 G. Goffaux-Callebaut, op. cit. no 105 suiv.

relations internes de la filiale commune, sémi-transparence fiscale)<sup>1998</sup>. La responsabilité indéfinie et solidaire des associés pour les dettes sociales est “neutralisée” dans une large mesure par le fait que tous les associés en nom de la filiale commune sont des personnes morales à risques limités, de sorte qu'il y a en fait un apport essentiel des filiales communes à l'émergence d'un nouveau type social, celui de la société en nom collectif dont tous les associés sont des sociétés à risques limités<sup>1999</sup>. Plus difficile est la situation avec la SA du droit français. C'est le cas d'abord parce que le droit français exige impérativement sept personnes pour la constitution d'une SA – avec comme résultat que les deux – le plus souvent – groupes voulant collaborer dans le cadre de la filiale commune doivent avoir recours à des actionnaires collaborateurs ou hommes de paille, un procédé qui n'est pas sans danger<sup>2000</sup>. En plus, la structure généralement plus « rigide » de la SA française impose traditionnellement un effort assez grand pour l'organisation d'un partage égalitaire du pouvoir au sein de la filiale commune, même en cas de participations inégalitaires au capital. Les filiales communes ont été ainsi un « laboratoire » important dans le passé d'introduction de clauses statutaires et de pactes extra-statutaires ou para-statutaires visant à l'aménagement de la forme sociétaire de la SA et de son ordre public (v. supra dans le Titre précédent sur ces pactes en droit français)<sup>2001</sup>. Aujourd'hui, la doctrine française considère que la forme idéale de la filiale commune se trouve dans la SAS, avec le risque limité des actionnaires et les très larges possibilités offertes à la liberté statutaire pour organiser les relations internes dans la société, notamment pour ce qui concerne l'organisation du pouvoir et l'intuitus personae entre actionnaires<sup>2002</sup>. Il est d'ailleurs vrai que dans sa forme initiale (avant sa libéralisation en 1999) la SAS était conçue comme une forme sociale de coopération interentreprises, notamment comme forme de filiale commune<sup>2003</sup>. En tout cas, indépendamment de la forme sociale choisie, la doctrine française souligne la nécessité de la rédaction préalable d'un protocole précisant les finalités et les modalités de la coopération des groupes impliqués dans la filiale commune<sup>2004</sup>. Nécessaire est d'ailleurs l'introduction de clauses contractuelles prévoyant la

---

1998 G. Goffaux-Callebaut, op. cit. no 123 suiv.

1999 G. Goffaux-Callebaut, op. cit., no 127 sur le détournement de la responsabilité et solidaire par le recours à des SNC dont tous les associés sont des sociétés à risques limités.

2000 Sur la SA comme filiale commune G. Goffaux-Callebaut, op. cit., no 131 suiv.

2001 Sur de telles illustrations v. G. Goffaux-Callebaut op. cit., nos 106 suiv.

2002 G. Goffaux-Callebaut, nos 136 suiv.

2003 Sur le régime initial de la SAS v. P. Didier, t. 2, p. 525 suiv.

2004 G. Goffaux-Callebaut, op. cit., nos 107 suiv.

résolution des conflits éventuels, des clauses pouvant aller jusqu'à l'organisation de la séparation des parties<sup>2005</sup>.

### **La filiale commune en Grèce**

Le phénomène juridique des filiales communes a attiré relativement récemment l'intérêt de la doctrine grecque<sup>2006</sup>. La filiale commune est ainsi vue comme la forme la plus complète de « joint venture », à savoir d'une coopération entre entreprises indépendantes<sup>2007</sup>. La forme juridique de la filiale commune peut varier en droit grec. Ainsi, le phénomène des sociétés en nom collectif dont tous les associés sont des sociétés à risques limités est étroitement lié en Grèce, comme en France, au développement de filiales communes de groupe de sociétés (v. supra). Le droit grec ne dispose pas d'une structure comme la SAS du droit français, idéale pour l'organisation juridique des filiales communes. La doctrine grecque considère toutefois que typiquement la filiale commune prend la forme d'une société de capitaux, à savoir d'une AE ou d'une EPE<sup>2008</sup>. Il est vrai que la société anonyme grecque (AE) est plus commode pour l'organisation de la filiale commune que la SA française, ne serait-ce que parce que n'existe pas en droit grec l'exigence du droit français d'au moins sept actionnaires fondateurs. Particularité intéressante, dans le cadre de certains ouvrages importants impliquant la coopération entre secteur public et secteur privé (notamment la distribution de gaz aux différentes régions grecques), le droit grec a prévu la possibilité pour des AE totalement contrôlées par l'Etat grec et ayant le droit de distribution offrir en adjudication publique l'exploitation de l'autorisation de distribution au niveau régional, la coopération entre le vainqueur de l'adjudication et l'AE publique étant matérialisée par la constitution d'une filiale commune de fourniture régionale au capital social de laquelle le vainqueur de l'adjudication participe avec un pourcentage élevé (il s'agissait initialement d'un pourcentage de maximum de 49 pour cent, aujourd'hui de minimum de 35 pour cent) et à laquelle l'autorisation de distribution au niveau régional est apportée (v. ainsi pour le gaz la loi 2364/1995)<sup>2009</sup>. La doctrine grecque souligne pourtant l'intérêt que peut avoir comme forme juridique de la

---

2005 G. Goffaux-Callebaut, op. cit. nos 112 suiv. (sur les solutions de réconciliation), 117 suiv. (sur les procédures de séparation).

2006 V. (en grec) I. Soufleros « La filiale commune » in « L'organisation de l'entreprise des sociétés de capitaux », 13e congrès des commercialistes grecs, V. Vathis « Coopérations d'entreprises (joint ventures) », éd. Ant. N. Sakkoula 2009.

2007 V. Vathis, op. cit., p. 6, 9 sur la filiale commune comme « equity joint venture », à savoir cette catégorie de coopération entre entreprises aboutissant à sa matérialisation par le biais d'une filiale commune.

2008 V. Vathis, op. cit., p. 63.

<sup>2009</sup> V. (en grec) L. Georgakopoulos, consultation, DEE 1999, p. 463.

filiale commune l'EPE (SARL grecque) comme combinant des éléments de société de capitaux avec des éléments personnels<sup>2010</sup> ; on peut penser que la nouvelle forme sociale d'IKE (sorte d'EPE modernisée – v. supra, Partie I) pourrait jouer encore mieux ce rôle. Pourtant, la doctrine grecque observe que dans la plupart de cas la pratique utilise comme forme de filiale commune l'AE, peut-être à cause du prestige lié à cette forme sociale ou pour des raisons fiscales<sup>2011</sup>. La filiale commune suppose en Grèce comme en France un accord de base entre les groupes participants, un accord qui définit les finalités et les modalités de base de fonctionnement de la filiale commune<sup>2012</sup>. Pour la doctrine grecque, cet accord de base entre les groupes participants à la filiale commune est une société civile de l'art. 741 AK (Code civil grec –v. supra), car par cet accord les parties poursuivent par des apports communs un but commun, leurs intérêts étant – au moins partiellement – convergents<sup>2013</sup>. Il s'agit d'une société sans personnalité morale, formant toutefois dans l'intention des parties une unité avec la filiale commune devant être constituée, le contenu de l'accord de base- société civile formant en plus la « Constitution » de la coopération<sup>2014</sup>. En même temps, la convention de base est un pacte extrastatutaire entre les parties, en principe licite, avec toutefois les problèmes des limites de cette licéité que nous avons vus dans le Titre précédent se posant généralement en matière de pactes extrastatutaires ; cela, d'autant plus que dans les filiales communes se profile avec une particulière intensité le problème du conflit potentiel entre d'une part le caractère impératif du droit des sociétés anonymes, destiné à des sociétés ouvertes et avec un nombre important d'actionnaires, et d'autre part le caractère personnalisé de la coopération entre les participants<sup>2015</sup>. Cette nature juridique de la convention de base crée aussi des problèmes quant aux conséquences en cas de violation de ses prévisions par l'une des parties, et plus généralement quant à ses répercussions dans la sphère sociétaire (v. supra, Titre précédent, plus généralement sur l'impact des pactes extrastatutaires dans la sphère sociétaire). D'autres accords entre les parties ou entre les parties et la filiale commune peuvent compléter l'accord de base<sup>2016</sup>. Comme en France, les questions les plus importantes des conventions entre les participants à une filiale commune sont d'une part l'organisation égalitaire du pouvoir au sein de la filiale commune, d'autre part l'introduction

---

<sup>2010</sup> V. ainsi V. Vathis op. cit., p. 67

<sup>2011</sup> V. Vathis, op. cit., p. 67.

<sup>2012</sup> V. Vathis, op. cit., p. 14, 21.

<sup>2013</sup> V. Vathis, op. cit. p. 21, 63 suiv.

<sup>2014</sup> V. Vathis, op. cit. p. 64.

<sup>2015</sup> V. Vathis, op. cit., p. 65 suiv. sur les problèmes de licéité du pacte fondamental entre actionnaires de la filiale commune.

<sup>2016</sup> V. Vathis, op. cit., p. 14- 15 sur le "joint venture" plus généralement comme nœud de plusieurs contrats.

de dispositifs contractuels de résolution des difficultés éventuelles entre associés, ou, dans la pire éventualité, de dissolution de la société, si les difficultés sont irrémédiables. Selon la doctrine grecque, la dissolution de la société civile de base comme conséquence d'une résiliation unilatérale de la part d'une des associés (766-767 AK – v. supra, Partie I) constitue une cause grave de dissolution judiciaire de la filiale commune -société anonyme, selon le nouvel article 48 § 1 L2190/1920<sup>2017</sup>. Application peut trouver aussi dans le cas de la filiale commune le nouvel article 48 §2 de la même loi, selon lequel en cas de participation égale à 50% des deux actionnaires de l'AE et de blocage dans la vie de la société chacun d'eux peut demander en justice la dissolution de la société (v. supra, Partie I, sur ces dispositifs du droit grec de dissolution par décision de justice de la société anonyme)<sup>2018</sup>. Des conventions extrastatutaires donnant un droit de sortie aux actionnaires (v. supra) peuvent aussi jouer leur rôle pour dénouer des situations de crise sans aller jusqu' à la dissolution de la société<sup>2019</sup>.

## **Section II. La prise en compte du montage structurel de l'entreprise en groupe de sociétés par le droit français et le droit grec**

L'examen de la prise en compte par les deux droits sous comparaison – celui français et celui grec – de la réalité du “montage structurel” du groupe de sociétés passe d'abord par la présentation de cette prise en compte par les deux législateurs (§1), ensuite par la présentation des solutions jurisprudentielles et doctrinales en la matière (§ 2). Il est évident que cette prise en compte modifie l'environnement juridique pour les opérateurs qui veulent recourir au montage de construction d'un groupe de sociétés – mais il est vrai que l'attitude des deux droits est en principe favorable à l'égard de ce dernier.

### **§1. La prise en compte expresse ou indirecte du phénomène du groupe de sociétés par les législateurs français et grec**

---

<sup>2017</sup> V. Vathis, op. cit., p. 96- 97.

<sup>2018</sup> V. Vathis, p. 97.

<sup>2019</sup> V. Vathis, op. cit., p. 98, avec mention à la « clause texane ».

Une summa divisio utile pour la présentation des solutions données par les législateurs français et grec aux problèmes nés de la réalité et de l'importance du phénomène du groupe de sociétés dans les deux pays sous comparaison serait celle entre d'une part le traitement de la matière par le droit des sociétés et son corps de règles impératives (A), d'autre part par les autres branches du droit de l'entreprise et par l'ordre public économique sociétaire largement conçu (B).

## **A. Le groupe de sociétés pour les droits des sociétés français et grec**

### **Généralités**

A la différence du droit allemand, mais comme la plupart des droits nationaux, ni le droit français ni le droit grec de sociétés ne contiennent aujourd'hui une réglementation d'ensemble générale et complète du groupe de sociétés, bien que le Code de commerce français consacre un chapitre aux filiales, participations et sociétés contrôlées (chapitre III du Titre III du Livre II du Code, art. L233-1 à L233-40)<sup>2020</sup>. Le droit français donne dans l'art. L233-1 C.com. une définition de la société filiale assez étroite destinée à être appliquée dans le cadre de ce chapitre, selon laquelle la société filiale est celle dont plus de la moitié du capital est possédé par une autre société ; d'autre part, la société possédant entre dix et cinquante pour cent du capital d'une autre société est définie par l'art. L233-2 comme ayant une participation dans la seconde, toujours pour l'application du chapitre en cause. D'une façon plus essentielle pour la prise en compte de la réalité du groupe de sociétés, le droit français donne dans les art. L233-3 et L233-16 du Code des définitions différentes de la notion plus compréhensive de contrôle exercée sur une société par une autre, chacune destinée à des applications différentes (v. infra), la définition de l'art. L233-3 se présentant comme ayant une portée plus générale<sup>2021</sup>. Le droit grec donne dans l'article 42e L2190/1920 une définition de la notion de filiale beaucoup plus large que celle du droit français, englobant les différentes situations de contrôle d'une société sur une autre, notion présentée en plus comme sous-catégorie de la catégorie plus générale des « entreprises liées », donnée d'abord pour utilisation comptable mais destinée aussi selon le texte de l'article à utilisation plus généralement dans le cadre de la loi grecque sur les sociétés anonymes (v. infra avec plus de détails sur ces définitions et les utilisations que les deux

---

<sup>2020</sup> Sur la réglementation expresse et inclusive du groupe de sociétés par le droit allemand v. M. Fromont « Droit allemand des affaires », Montchrestien 2001, nos 465 suiv. Sur les efforts (avortés) d'introduire une pareille réglementation en France v. P. Didier, t. 2, p. 541.

<sup>2021</sup> Sur la notion de contrôle en droit français v. M. Storck « Définition légale du contrôle d'une société en droit français », Rev. soc. 1986, p. 385.

droits sous comparaison en font). La notion de participation est définie dans ce même article de la loi grecque sur les AE, toujours pour utilisation d'abord comptable, comme les droits d'une société sur le capital d'autres entreprises de toute forme juridique, représentant au moins dix pour cent du capital de ces entreprises et acquis dans le but d'une possession permanente. Pourtant, les deux droits de sociétés sous comparaison sont muets pour ce qui concerne des questions essentielles pour la vie des groupes, comme celle des conditions de la responsabilité éventuelle de la société-mère pour les dettes de sa filiale ou celle de l'équilibre entre l'intérêt de chaque société du groupe et l'intérêt du groupe lui-même pris dans son ensemble. Ce « conservatisme » des deux droits de sociétés ne semble pas toutefois être le résultat d'une carence ou négligence de la part des législateurs, du moins pour ce qui concerne la question de la responsabilité de la société-mère pour les dettes de ses filiales et plus généralement celle de la personnalité morale du groupe. Il s'agit plutôt d'une politique délibérée visant à faciliter la construction de groupes de sociétés comme « montages structurels », en appliquant en principe aux sociétés en groupe le droit commun des sociétés, sur le fondement de la pensée que les avantages des groupes de sociétés dépassent leurs inconvénients<sup>2022</sup>. Cette solution est particulièrement importante pour ce qui concerne l'organisation du groupe sous forme de filiales- sociétés à risques limités : le silence des deux législateurs permet de la sorte en principe aux promoteurs des groupes de sociétés de réussir ce qu'ils veulent, en combinant l'unité du pouvoir au sein de leur groupe avec la pluralité de structures juridiques permettant la segmentation des risques. En aucun cas les deux législateurs – celui français et celui grec – ne reconnaissent - d'autant plus ils n'imposent – la personnalité morale au groupe de sociétés, une solution qui aurait comme résultat de détruire largement les avantages que les particuliers poursuivent par le moyen de l'organisation juridique de leur entreprise sous la forme juridique du groupe de sociétés<sup>2023</sup>. Cette solution de principe favorable pour les groupes de sociétés ne signifie pas toutefois que les deux droits sous comparaison et plus particulièrement les deux droits de sociétés – celui français et celui grec – et leurs ordres public ne prennent pas en compte dans une certaine mesure la réalité du « montage structurel » du groupe de sociétés, même par le biais de dispositifs de règles impératives ayant des buts spécifiques (v. en plus infra sur les cas dans lesquels la jurisprudence des deux pays sous comparaison reconnaît la levée de la personnalité morale des sociétés du groupe). Il est aussi à noter que la réalité du groupe de sociétés pose aussi pour les deux droits des sociétés sous comparaison des problèmes de droit

---

<sup>2022</sup> V. ainsi pour le droit français P. Le Cannu-B. Dondero, no 1497.

<sup>2023</sup> V. P. Didier, t. 2, p. 534. Sur l'absence de la personnalité morale comme élément physiologique dominant des groupes, v. M. Varela, op. cit., p. 52 suiv.

international privé si les sociétés du groupe sont de « nationalités » différentes. L'absence de reconnaissance de la personnalité morale au groupe de sociétés aboutit à la reconnaissance comme principe par les deux droits que chaque société membre du groupe a la nationalité du et est soumise au droit national de son siège. On ne doit pas toutefois oublier qu'aussi bien le droit français que celui grec sont des droits acceptant en principe le critère du siège réel (v. supra, Partie I, sur les exceptions en ce principe pour certaines catégories de sociétés s'activant dans le domaine maritime en droit grec et sur l'impact du droit communautaire en la matière), avec comme conséquence que les juges peuvent requalifier en société française ou grecque respectivement et appliquer le droit français ou grec à une société membre d'un groupe se présentant comme étrangère mais ayant son siège réel en France ou en Grèce. Ainsi, pour ne citer qu'un exemple tiré d'une affaire retentissante de corruption en France, les juges français ont requalifiée en société française une filiale gabonaise d'un groupe puissant français (Elf) sur le fondement du siège réel en France de la filiale en cause pour appliquer à ses dirigeants la législation pénale française sur l'abus de biens sociaux (pour des applications de la requalification de sociétés membres d'un groupe pseudo-étrangères en sociétés grecques v. infra). On doit conclure ainsi que, malgré l'unité de direction consubstantielle à la notion du groupe de sociétés, le maintien d'une certaine autonomie- même relative- de direction au niveau des filiales ou de sociétés soeurs est nécessaire pour éviter la requalification en sociétés d'un droit différent de celui de leur constitution et siège statutaire aussi bien pour le droit français que pour celui grec<sup>2024</sup>.

---

<sup>2024</sup> V. sur les problèmes engendrés par le groupe de sociétés du point de vue du droit international privé v. M. Menjuq « Droit international et européen des sociétés », nos 392 suiv., N. Davrados in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), éd. 2010, t. 1, p. 86-87, Ch. Pamboukis (en grec) « Les personnes morales et notamment les sociétés dans les conflits de lois », éd. Sakkoula 2004, p. 177 suiv. Sur l'affaire de la requalification d'une filiale gabonaise du groupe Elf en société française pour appliquer à ses dirigeants la législation française sur l'abus de biens sociaux v. Ch. crim. C. cass. 31 janv. 2007, Rev. soc. 2007, p. 379, note B. Bouloc. Pour appliquer le droit français les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation, ont retenu que la société Elf-Gabon était contrôlée à cinquante huit pour cent par la société Elf, qu'elle avait un établissement en France entraînant son immatriculation au registre de commerce de Nanterre, que son président résidait à Paris et son siège réel se trouvait à la Tour Elf à Paris, d'où ont été prises les décisions sur les avances constituant selon le droit français abus de biens sociaux (il s'agissait d'ailleurs seulement d'un acte dans un vaste ensemble d'un réseau de corruption politique internationale). Sur la non applicabilité de principe de l'incrimination de l'abus de biens sociaux du droit français à des sociétés étrangères même si le dirigeant incriminé est Français et le prélèvement suspect est effectué sur les comptes sociaux en France, sans exclusion pourtant de l'incrimination pour abus de confiance v. Ch. crim. C. cass. 3 juin 2004, Rev. soc. 2004, p. 912, note B. Bouloc ; dans cette affaire la propriété d'un hôtel se trouvant en France appartenait à une société dont le siège social se trouvait à Jersey et l'hôtel était géré par une SARL française, les deux sociétés étant essentiellement dirigées par la même personne, ressortissant français, qui avait fait des prélèvements à des fins personnelles aux comptes bancaires en France de la première société. Il est à noter qu'il ne semble avoir été posée dans le cadre de cette affaire la question si la société de Jersey était en fait une société française, son



## Groupes de sociétés et comptes consolidés

Une première prise en compte du phénomène du groupe de sociétés a été opérée aussi bien en France qu'en Grèce par le volet comptable du droit des sociétés, largement d'ailleurs sous l'influence du droit communautaire (7<sup>ème</sup> directive communautaire), du moins dans le cas de la Grèce<sup>2025</sup> ; mais l'harmonisation ne signifie pas que des différences entre les deux droits n'existent pas. Il est en tout cas devenu évident que la réalité de l'image donnée par les comptes sociaux de la société-mère impose une intégration à ses résultats des résultats de ses filiales ou plus généralement des sociétés contrôlées par elle, intégration dite consolidation des comptes ; l'organisation de la complexité et dissimulation comptables n'est pas d'ailleurs un motif acceptable pour la mise en place de groupes de sociétés<sup>2026</sup>. Les deux droits sous comparaison ont de la sorte introduit des dispositifs impératifs pour cette consolidation, constituant une première prise en compte par l'ordre public sociétaire dans son volet de droit comptable du phénomène du groupe de sociétés<sup>2027</sup>. En droit français, la consolidation des comptes concerne toute société commerciale dès lors qu'elle dispose du contrôle exclusif ou conjoint ou d'une influence notable sur une ou plusieurs entreprises (L233-16 C.com.). Le contrôle exclusif est défini par ce même article comme résultant soit de la détention directe ou indirecte de la majorité des droits de vote dans une autre entreprise soit de la désignation, pendant deux exercices successifs, de la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise, avec introduction de présomptions pour l'existence d'une telle situation, soit du droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, le texte de la loi introduisant toutefois la réserve de la licéité d'une telle stipulation selon le droit applicable ; une exigence supplémentaire de qualité d'actionnaire ou associé de la société dominante nécessaire pour ce dernier cas de figure de contrôle a été supprimée en 2003. Pour ce qui concerne le calcul des droits de vote possédés, on tient selon la doctrine

---

siège social réel se trouvant en fait en France. Le Pr. Bouloc estime dans sa note précitée sur l'arrêt Elf que ce dernier rompt avec la jurisprudence de l'arrêt du 3 juin, on devrait comprendre sur l'attitude laxiste pour ce qui concerne l'application du droit pénal français des sociétés à l'égard de sociétés pseudo-étrangères mais en fait françaises.

<sup>2025</sup> Sur cette directive, ses enjeux et sa logique, notamment pour ce qui concerne les différentes théories sur le groupe de sociétés v. G. Sotiropoulos (en grec) in « Droit de la société anonyme », dir. E. Perakis, éd. 2000, t. 6. p. 587 suiv.

<sup>2026</sup> Sur la logique de la consolidation et pourquoi elle est nécessaire pour l'apparition dans le dispositif de la publicité commerciale d'une image réelle de la situation des entreprises du groupe v. G. Sotiropoulos op. cit., p. 583-585.

<sup>2027</sup> M. Cozian - A. Viandier - Fl. Deboissy, nos 1501 suiv., P. Le Cannu - B. Dondero, no 1568 suiv., V. Antonopoulos, op. cit., p. 636-638, N. Rokas, op. cit., p. 581, G. Sotiropoulos ibid.

française compte des titres faisant l'objet de portages ou engagements fermes au profit de la société ayant le contrôle, le caractère ferme des portages et engagements étant réputé exister quand ces derniers rendent la société disposant du contrôle titulaire des prérogatives essentielles attachées au titre ; par contre, sont exclus les titres possédés seulement pour être cédés ultérieurement, comme c'est le cas avec les portages ordinaires<sup>2028</sup>. On peut observer que les conventions de vote peuvent être prise en compte pour l'établissement du contrôle soit si elles attribuent à une société une possession indirecte sur les droits de vote d'une autre en constituant des engagements fermes à son profit, soit si par elles une société acquiert une influence dominante au sein d'une autre. Le contrôle conjoint est défini par l'art. L233-16 III comme le partage du contrôle d'une entreprise exploitée en commun par un nombre limité d'actionnaires ou associés, de sorte que les décisions résultent de leur accord – une prise en compte évidente par le droit français du phénomène des filiales communes. L'influence notable sur la gestion et la politique financière d'une entreprise – notion plus large que celle de contrôle, destinée à appréhender des situations d'exercice d'une influence importante qui ne va pas toutefois jusqu'à réunir les caractéristiques du contrôle telles que définies par la loi - est présumée selon l'art. L233-16 IV lorsqu'une société dispose, directement ou indirectement, d'une fraction au moins égale au cinquième des droits de vote de cette entreprise ; il s'agit pourtant d'une présomption simple, la participation même de la société exerçant cette influence dans le capital de l'autre n'étant pas nécessaire. La notion d'influence notable est réputée par la doctrine française utile notamment pour la prise en compte des entités ad hoc mises en place pour l'exécution d'opérations ou groupes d'opérations spécifiques pour le compte d'autres sociétés, ces entités étant bien sûr des instruments pour la réalisation de montages<sup>2029</sup>.

De l'autre côté de la comparaison, le droit grec des sociétés anonymes avance une définition de la relation entre société-mère et société filiale incluse, comme nous avons vu ci-dessus, dans une disposition à destination d'abord comptable, mais ayant aussi selon

---

2028 Selon la loi, la société contrôlante est présumée avoir effectuée une désignation des organes de direction de la société contrôlée pour deux exercices consécutifs lorsqu'elle a disposé au cours de la période critique, directement ou indirectement, d'une fraction supérieure à 40% des droits de vote, et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détenait directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne. Sur la façon large de compréhension les termes « droits de vote détenus » dans les deux premiers cas de l'article, v. P. Le Cannu - B. Dondero, no 1571. Comme nous avons vu ci-dessus, on pourrait avoir des doutes sérieux sur la licéité d'un contrat de domination entre sociétés et son caractère comme cas permis d'influence dominante au sens de l'art. L233-16 en droit français (v. supra).

2029 V. P. Le Cannu- B. Dondero, no 1571, avec références à la définition de l'influence notable et aux illustrations d'une telle influence données par le Comité de la réglementation comptable français.

le texte de l'article une portée générale dans le cadre de la loi grecque sur les sociétés anonymes, définition beaucoup plus large que celle de la filiale du droit français, correspondant aux notions de contrôle et d'influence notable de ce dernier, présentée en plus comme une sous-catégorie de la notion de genre d'« entreprises liées » (art. 42e § 5 L2190/1920), une notion inspirée par le droit allemand<sup>2030</sup>. Est définie dans cet article comme société-mère la société (entreprise selon la lettre de la loi) qui possède la majorité du capital ou des droits de vote d'une autre entreprise (filiale), même si cette majorité est formée par le biais de la prise en compte de titres ou droits de vote détenus par des tiers pour le compte de la société-mère, ou qui contrôle la majorité des droits de vote de la filiale sur le fondement d'un accord avec d'autres actionnaires ou associés de cette dernière ou qui participe au capital de la filiale tout en ayant le droit, directement ou indirectement, par le biais de tiers, de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes de direction de la filiale, ou qui a le pouvoir d'exercer ou exerce réellement une influence dominante ou contrôle sur la filiale, la qualification de relation mère-filiale pouvant aussi résulter de leur mise sous une direction unique. Sont exclus selon la loi pour le calcul des pourcentages critiques les actions ou parts possédées pour le compte d'un autre, mais aussi celles possédées à titre de garantie, si les droits de vote en découlant sont exercés selon les instructions de la personne qui a donné la garantie, ou acquises dans le cadre d'activités courantes dans le domaine de l'octroi de prêts et sous la condition que les droits de vote en découlant sont exercés dans l'intérêt de la personne qui a donné la garantie. Nous voyons ainsi que le droit grec tient compte expressément de la possession indirecte, par le biais de personnes détenant la propriété pour le compte d'un autre, mais aussi des conventions de vote avec d'autres actionnaires ou associés de la société contrôlée, comme moyen de prise de contrôle d'une société et d'établissement d'une relation mère-filiale, selon sa terminologie. D'autre part, la notion d'influence dominante ou de « contrôle », correspondant à celle d'influence dominante de l'art. L233-16 C.com, plus exigeante en tout cas que celle de l'influence notable de ce même article du Code français, présentée en droit grec comme modalité d'établissement de la relation mère-filiale, notamment selon la doctrine grecque pour prendre en compte les cas de sociétés avec actionnariat dispersé permettant à une minorité de contrôler la société, a posé des problèmes importants d'interprétation, car la loi n'offre pas de critères pour sa concrétisation. Il est à noter que le texte initial de l'article exigeait pour l'existence d'une telle influence la possession par une société directement ou indirectement (à savoir par le biais de tiers agissant pour son compte) des vingt pour cent au moins du capital ou des droits de vote d'une autre société,

---

<sup>2030</sup> V. Sur l'origine allemande de la notion d'entreprises liées M. Varela, op. cit., p. 33.

exigence minimum pour l'établissement de l'influence dominante, non simple présomption, comme c'est le cas avec l'influence notable en droit français (v. ci-dessus) ; mais cette exigence a été supprimée en 2006 (comp. supra avec la suppression du minimum de participation au capital pour la qualification de l'influence dominante du droit français), réforme qui n'a pas ajouté à la sécurité juridique, d'autant plus qu'elle a introduit la simple capacité d'exercice d'une influence dominante distincte de l'exercice réel de cette influence comme modalité de l'établissement de la relation mère-filiale. Pour une partie importante de la doctrine grecque, la notion de l'influence dominante de l'art. 42 e recouvre –à l'instar des solutions du droit allemand- tous les cas d'influence exercée par une société sur une autre et aboutissant au même degré de contrôle que dans les autres cas de l'art. 42 e, toujours toutefois avec utilisation de moyens du droit des sociétés (p. ex. par le biais de la nomination des organes de direction) ; par contre, pour d'autres auteurs une relation purement externe de contrôle (établie p.ex. dans les faits par le biais de conventions d'exploitation de droits de propriété intellectuelle, de conventions de fourniture de biens ou de services ou de conventions de financement) suffit pour l'établissement d'une telle influence. En tout cas, une participation dans le capital de la société contrôlée semble toujours nécessaire pour l'établissement de la relation mère -filiale selon ce dernier cas de figure de l'art. 42e<sup>2031</sup>. La loi grecque précise expressément que pour l'établissement du

---

2031 V. sur l'ensemble de la question du contrôle et de la relation mère –filiale M. Varela, op. cit., p. 14 suiv., notamment p. 17 sur la critique de la doctrine grecque au critère de la détention de la majorité du capital social comme pertinent pour la réalité actuelle du contrôle, p. 16 sur la façon large de compréhension de la possession des droits de vote. Sur l'utilisation du terme « entreprise » au lieu de société par la loi grecque v. G. Sotiropoulos in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), éd. 2010 p. 2392, N. Davrados, même ouvrage, t. 1, p. 49. Le cas de l'acquisition du contrôle par le biais d'accord avec les autres actionnaires conférant à la personne contrôlante la majorité des droits de vote est bien sûr une reconnaissance par la loi de l'importance des pactes extra-statutaires, et notamment des conventions de vote; en tout cas, pour l'application de l'article, la personne contrôlante doit avoir une participation, même infime, dans la société. V. M. Varela, op. cit., p. 17. Davantage de problèmes pose en droit grec le troisième cas de contrôle, celui du pouvoir de nommer les organes de direction, car le droit grec des sociétés anonymes octroie un tel droit à un actionnaire si les statuts le prévoient (art. 18 § 3 L2190/1920, v. supra), mais il le plafonne au tiers des membres du conseil d'administration. v. M. Varela, op. cit., p. 18-19. Selon une opinion qui semble dominante ce troisième cas de figure doit être interprété largement selon la finalité de la loi, en englobant toute possibilité juridique d'influence dans la nomination des membres de l'administration de la société (clauses statutaires, pactes extra-statutaires), la possibilité d'une telle nomination de facto n'étant pas suffisante –v. G. Sotiropoulos in « Droit de l'AE », dir. E. Perakis, t. 6 p. 603. Par contre la possibilité de clauses statutaires octroyant à un associé le droit de nommer les dirigeants ne pose pas de problème pour les sociétés en nom et les EPE, comme d'ailleurs c'est le cas avec la clause qui confierait la position de gérant à la société mère elle-même. A la différence du texte de la directive et du droit français, le droit grec n'exige pas comme critère de la réalité de contrôle une nomination réelle de la majorité des administrateurs pour deux exercices consécutifs, mais il semble réputer suffisante l'exigence d'une telle possibilité pour une société, sans en plus introduire la présomption de 40 pour cent des droits de vote adoptée par le droit français pour l'établissement d'un tel pouvoir (v. supra). Il est vrai que le cas de figure en cause a une utilité pratique réduite face aux autres cas de contrôle présentés ci-dessus –G. Sotiropoulos *ibid*, p. 603 Sur la notion d'influence dominante, les problèmes

lien mère-filiale sont pris en compte pour le calcul des droits de vote ou des droits détenus par la société dans une autre société ceux détenus par ses filiales, disposition qui rappelle celle de l'art. L233-4 C.com. (v. ci-dessous). Il ne tient pas toutefois compte dans sa définition du contrôle exercé par une société sur une autre - à la différence sur ce point du droit français (v. supra)- du phénomène du contrôle conjoint de deux ou plusieurs sociétés sur une autre et des filiales communes ; ce choix du droit grec (offert d'ailleurs par la 7<sup>ème</sup> directive communautaire) semble exclure de la consolidation des comptes les filiales communes égalitaires, car aucun des critères de l'art. 42e pour l'établissement de la relation mère-filiale ne semble pas être réuni dans le cas des filiales communes<sup>2032</sup>. Mais la notion de genre d' « entreprises liées » tient plus généralement compte pour ce qui concerne les besoins de la consolidation de la relation entre sociétés mères, plusieurs filiales et sous-filiales, même sans participation de l'une filiale ou sous-filiale à l'autre ; il tient aussi compte, d'une manière plus large que le droit français, d'autres formes de liens de sociétés (entreprises), y compris de celles appartenant au même groupe comme mères, filiales ou sous-filiales, avec d'autres entreprises, notamment par le biais de contrats de mise sous direction unique ou de situations d'identité de la majorité des personnes constituant les organes de direction de plusieurs sociétés (42 e, 96 par. 1 L2190/1920)<sup>2033</sup>. Pourtant, plus restrictif sur ce point que le droit français, le droit grec exige comme condition de la consolidation entre entreprises liées que l'une d'elles au moins ait la forme juridique de société anonyme (AE), de société à responsabilité limitée (EPE) ou de société en commandite par actions (en désuétude, comme nous avons vu ci-dessus, en droit grec) ou la forme juridique de la société en nom collectif dont tous les associés sont des sociétés à risques limités (art. 90 § 2 L2190/1920)<sup>2034</sup>. Il est à noter qu'il n'existe pas d'unanimité dans la doctrine grecque pour ce qui concerne la relation entre les notions d'entreprises liées et de groupes de sociétés. Ainsi, pour plusieurs auteurs grecs, ces deux notions s'identifient, le groupe de sociétés n'étant autre chose que les entreprises liées telles que définies par la loi agissant en commun ; selon ce point de vue, la notion d'entreprises liées détermine la possibilité d'exercice de contrôle sur plusieurs sociétés par le biais de moyens

---

conceptuels qu'elle engendre et débat dans la doctrine grecque v. G. Sotiropoulos, op. cit., p. 603 suiv., M. Varela, op. cit., p. 19-23. Pour une interprétation de ce dernier cas de figure comme pouvant couvrir des cas de contrôle sur un fondement contractuel ou de facto v. N. Davrados (en grec) in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), éd. 2010, t. 1, p. 54.

<sup>2032</sup> V. sur cette question M. Varela op. cit p. 61-62.

<sup>2033</sup> V. ainsi art. 42 ε-β, γ, δ et 96 § 1 L2190/1920 (dans ce dernier article sont réputées comme débitrices de l'obligation de consolidation, en dehors des cas d'établissement de la relation mère-filiale de l'art. 42 ε, les entreprises ayant été mises sous direction unique selon une convention conclue entre elles ou selon leurs statuts, ainsi que les entreprises dont les organes de direction, de gestion ou de surveillance sont constitués par les mêmes personnes).

<sup>2034</sup> V. Antonopoulos « Droit AE et EPE », p. 637.

juridiques et fait présumer l'exercice réel de ce contrôle, qui autrement serait très difficile d'être établi. Par contre, pour d'autres auteurs, inspirés des distinctions faites par la doctrine allemande, le groupe de sociétés est une notion plus étroite que celle de genre d'entreprises liées, étant bien sûr caractérisée par l'existence de liens entre sociétés tels qu'exigés par la loi, mais aussi et surtout par l'unicité de l'entreprise exprimée juridiquement par plusieurs sociétés qui sont soumises à un centre unique de direction ; ce second point de vue nous semble tenir mieux compte de la particularité du groupe de sociétés comme le « paradoxe » d'une entreprise unique exprimée juridiquement par une pluralité de formes juridiques<sup>2035</sup>. Il demeure pourtant que pour la législation grecque juridiquement critique pour la consolidation des comptes est la notion de genre d'entreprises liées telle que définie dans la loi, le droit grec prévoyant sous cet aspect un périmètre de consolidation plus large que le droit français (notamment pour ce qui concerne les sociétés sœurs contrôlées par la ou les mêmes personnes et ayant une identité de dirigeants et les entreprises mises sous direction unique par le biais de conventions). Il est aussi à noter que, bien que la législation sur les entreprises liées concerne essentiellement principalement les groupes de sociétés, selon une partie de la doctrine grecque une personne physique peut être réputée entreprise et peut de la sorte participer dans un ensemble d'entreprises liées au sens de la loi, solution inspirée par les conceptions en vigueur en Allemagne ; la conséquence quelque peu paradoxale et étrangère aux conceptions françaises en est qu'une personne physique contrôlant plusieurs sociétés et exerçant vraiment une direction unique à ces dernières est réputée entreprise dominante au sens de la loi, avec comme résultat que se pose ainsi la question de l'intégration d'au moins d'une partie de son patrimoine personnel à la consolidation des comptes, et en tout cas il y a lieu pour la consolidation des comptes des sociétés contrôlées sur le fondement d'une présomption de leur mise sous direction unique ; mais ce point de vue sur la qualification d'un actionnaire contrôlant plusieurs sociétés comme entreprise dominante ne fait pas l'unanimité dans la doctrine grecque<sup>2036</sup>.

Comme consolidation des comptes les deux droits sous comparaison entendent l'unification ou intégration des comptes des sociétés contrôlées directement ou indirectement, par le biais de sociétés contrôlées, dans ceux de la société dominante au sens large du terme (disposant du contrôle ou exerçant une influence notable, selon la terminologie française, société mère selon la terminologie grecque) ; dans le cadre des entreprises du droit grec n'ayant pas une relation mère-filiale ou sous-filiale mais étant liées

---

<sup>2035</sup> V. sur ce débat M. Varela, op. cit., p. 33 suiv.

<sup>2036</sup> V. sur ce débat, avec références aux constructions de la doctrine et les solutions de la jurisprudence en Allemagne, in M. Varela, op. cit., p. 46-51.

entre elles par des contrats de gestion ou de mise sous direction unique ou dans lesquelles il y a une identité de dirigeants (art. 96 par. 1 L2190/1920 –v. supra) l'intégration se fait aux comptes de la société la plus grande entre elles ; nous voyons de la sorte que le périmètre de la consolidation est plus large en droit grec qu'en droit français avec la prise en compte de ces liens entre sociétés<sup>2037</sup>. La finalité est de faire paraître une image réelle de la situation financière du groupe, dans le souci de protection des créanciers sociaux, mais aussi des associés ou actionnaires minoritaires, la consolidation pouvant être globale (dans le cadre du contrôle exclusif), proportionnelle (dans le cadre du contrôle conjoint en droit français) ou par mise en équivalence (dans le cas de l'influence notable du droit français – v. L233-18 C.com., 90 suiv. L2190/1920)<sup>2038</sup>. L'obligation de consolidation est pénalement sanctionnée en droit français (L247-1 II C. com.). Il est d'autre part vrai qu'aussi bien le droit français que celui grec introduisent des exceptions à ces obligations de principe d'ordre public sociétaire de consolidation des comptes, quand la consolidation n'est pas imposée par un intérêt sérieux, des exceptions plus larges en droit grec (v. les art. L233-17 C.com., 91-94, 97, 99 L2190/1920)<sup>2039</sup>. Ce dispositif impératif des comptes consolidés est une première reconnaissance juridique du phénomène du groupe de sociétés. Le droit de sociétés aussi bien français que grec appréhende de la sorte derrière la pluralité des formes juridiques – de sociétés filiales et sous-filiales- l'unicité de l'entreprise comme unité de pouvoir et de décision et de lieu de rencontre et de conflit d'intérêts ; pour certains auteurs français il y a même par ce dispositif reconnaissance d'une "personnalité

---

<sup>2037</sup> Sur la consolidation de comptes de toutes les sociétés placées sous le contrôle direct ou indirect de la société dominante en droit français v. M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy, no 1502 –v. en plus supra sur les cas du contrôle conjoint et de l'influence notable comme notion distincte de celle de contrôle mais destinée elle aussi à être utilisée pour la consolidation. L'art. 90 L2190/1920 prévoit expressément la consolidation dans les comptes de la société mère des comptes de toutes ses filiales ou sous-filiales au sens que le droit grec donne à ces termes.

<sup>2038</sup> Selon P. Le Cannu - B. Dondero (op. cit., no 1568) "les comptes consolidés ne se substituent pas aux obligations comptables individuelles des sociétés membres du groupe. Ils s'y superposent. Les comptes individuels et les comptes consolidés sont complémentaires ». V. ibid 1572, 1575 et Ph. Merle, no 664 sur le périmètre et les méthodes de la consolidation. Pour les mêmes sujets en droit grec v. V. Antonopoulos, op. cit., p. 638.

<sup>2039</sup> Sur ces exceptions v. P. Le Cannu-B. Dondero no 1571, G. Sotiropoulos, op. cit., p. 2393 suiv. Les exceptions communes pour les deux droits sont ceux des sociétés intermédiaires formant des sous-groupes (si des actionnaires exprimant au moins les 10 pour cent du capital ne s'y opposent pas), les groupes de petite taille (avec des critères différents pour chacun des deux droits), ces deux premières exceptions jouant en droit français seulement pour les sociétés dont les valeurs mobilières ne sont pas admises sur un marché réglementé ou qui n'émettent pas de créances négociables, la mise en cause de la relation de domination par des restrictions sévères et durables, le caractère négligeant des filiales, la possession purement temporaire des droits sociaux, le coût excessif de la collection de l'information nécessaire. Le droit grec prévoit en plus comme exceptions certains cas d'inertie caractérisée de la société dominante pour ce qui concerne la direction des sociétés dominées (exception destinée pour la prise en compte des sociétés d'investissement qui prennent des participations) et certains cas de holdings pures exerçant un contrôle sur une autre société sur le fondement d'un accord avec d'autres entreprises.

comptable” au groupe de sociétés<sup>2040</sup>. En tout cas, les deux droits visent par le biais du dispositif de consolidation de comptes à faire échec à des tentatives de troubler les eaux en matière de transparence commerciale par le moyen de mise en place de groupe de sociétés. Il faut aussi souligner que pour aboutir à ce résultat les deux droits sous comparaison, malgré les différences de formulation, utilisent de critères larges, visant à établir la réalité du contrôle d'une société sur une autre, en tenant compte non seulement de la participation dans le capital de la société contrôlée, mais aussi de la réalité du pouvoir établi par le biais de conventions ou même la réalité d'une influence dominante exercée par une société sur une autre société<sup>2041</sup>. Nous voyons aussi que les deux droits en comparaison tiennent compte de la réalité des montages plus particuliers utilisés pour la construction du ‘montage structurel” du groupe de sociétés (conventions de vote, détention indirecte de droits par le biais de tiers agissant pour le compte de la société dominante, portage)<sup>2042</sup>. Toutefois, on ne doit pas méconnaître que cette reconnaissance du groupe de sociétés par les droits français et grec n'est pas de portée générale, mais a une finalité déterminée, à savoir l'établissement de comptes consolidés du groupe de sociétés ; d'autre part, malgré cette restriction importante, cette première reconnaissance du phénomène du groupe de sociétés et du contrôle exercé par une société sur une autre a des conséquences – même indirectes – sur le statut juridique plus général du groupe de sociétés dans les deux droits sous comparaison, en encourageant la prise en compte du groupe de sociétés et de ses particularités par la jurisprudence (v. infra). Il est aussi à noter que le droit grec utilise une notion d' « influence essentielle » d'une société sur une autre résultant d'une participation de la première dans la seconde pour établir une relation d' « entreprises apparentées » plus lâche que celle des entreprises liées de l'art. 42 e, en réservant aux entreprises ainsi définies un traitement comptable spécial ; pour

---

2040 M. Cozian-A. Viandier- Fl. Deboissy, no. 1501. Sur l'importance de la législation sur les comptes consolidés dans le débat sur la nature du groupe de sociétés v. G. Sotiropoulos, op. cit. p. 586 suiv., M. Varela op. cit. p. 168-170 et sur la relation de ces dispositions avec les dispositions de portée générale du droit grec (art. 281 AK sur l'abus de droit, 288 AK sur la bonne foi, 388 AK sur le « fondement de l'acte juridique », 919 AK sur la responsabilité délictuelle pour dommage provoqué à un autre sur les bonnes mœurs) pouvant jouer leur rôle dans la régulation juridique du groupe en fondant la levée de la personnalité morale de ses sociétés v. M. Varela, op.cit., p.29-31 et infra.

<sup>2041</sup> V. pourtant (en grec) I. Rokas « Les échanges intragroupe du point de vue du droit matériel et du droit fiscal », rapport au 13<sup>e</sup> Congrès de droit commercial, p. 439 suiv., avec sa critique du caractère incomplet du dispositif grec, avec l'argument que sont exclues de l'obligation de consolidation les sociétés contrôlées par la même personne si l'une a une participation importante dans une autre, mais aucune de ces sociétés n'est pas contrôlée par l'autre selon les critères de la loi et les sociétés en cause ne sont pas mises par convention sous direction unique et n'ont pas majoritairement les mêmes personnes comme administrateurs. D'ailleurs, pour le même auteur les dispositions de la loi sur les comptes consolidés ne peuvent pas parvenir à la mise à la disposition des simples actionnaires investisseurs d'une information compréhensible.

<sup>2042</sup> V. P. Le Cannu-B. Dondero, no 1571, N. Davrados, op. cit., p. 50 suiv.



l'établissement de cette relation le législateur grec utilise une présomption rappelant celle du législateur français pour l'établissement de l'influence notable d'une société sur une autre (art. 106 L2190/1920)<sup>2043</sup>. En dehors de la question de la consolidation des comptes, les deux droits sous comparaison prévoient des obligations d'information dans les documents annexes des comptes sociaux sur les participations prises par les sociétés en général pour le droit français, les sociétés anonymes (AE) et à responsabilité limitée (EPE) pour le droit grec (art. L233-6 C.com., 43 A L2190/1920, 22 L3190/1955), bien que les deux dispositifs présentent des différences<sup>2044</sup>.

### **Groupes de sociétés et conventions réglementées ou prohibées**

La réalité du groupe de sociétés a inévitablement été aussi prise en compte par les deux droits sous comparaison dans leurs blocs de règles impératives concernant les conventions réglementées (v. ci-dessus sur la distinction entre conventions prohibées, conventions réglementées et conventions libres en droit français et en droit grec et leurs régimes d'ordre public). Comme nous avons suggéré ci-dessus, les conventions entre sociétés du même groupe, pour nécessaires qu'elles soient le plus souvent, représentent

---

<sup>2043</sup> Selon cet article il y a présomption –simple- d'existence d'une influence essentielle si la première société possède dans une autre une participation égale ou supérieure aux 20 pour cent du capital ou des droits de vote des actionnaires ou associés de la seconde. Le concours de la situation de l'influence dominante de l'art. 42 e est exclusive de celle de l' « influence essentielle » de l'art. 106. Sur la notion d'influence essentielle et l'utilisation de la technique dite de « position nette » au lieu de celle de l'intégration dans le cas de l'art. 106 v. G. Sotiropoulos in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), éd. 2010, p. 2442 suiv.

<sup>2044</sup> Selon l'art. L233-6 C.com., lorsqu'une société a pris au cours d'un exercice une participation dans une société ayant son siège social sur le territoire français et représentant plus du vingtième, du dixième, du cinquième, du tiers ou de la moitié du capital de cette société ou s'est assuré du contrôle de cette société, il en est fait mention au rapport présenté aux associés sur les opérations de l'exercice et, le cas échéant, dans le rapport du commissaire aux comptes ; selon ce même article, le conseil d'administration, le directoire ou le gérant de la société doivent rendre compte dans leur rapport de l'activité et des résultats de la société, de ses filiales et des sociétés qu'elle contrôle par branche d'activité, avec possibilité, si la société établit des comptes consolidés, d'inclure ce rapport au rapport sur la gestion du groupe de l'art. L233-26. Selon l'art. 43 A L2190/1920, l'annexe des comptes sociaux doit contenir pour toute participation d'une AE dans une autre entreprise soit directement soit par personne agissant pour le compte de l'AE et dépassant les dix pour cent du capital de cette entreprise, une information sur la dénomination et le siège de chaque entreprise dans laquelle il y a participation, le pourcentages de participation, l'ensemble des capitaux propres de l'entreprise dans laquelle il y a participation et le résultat du dernier exercice de cette dernière pour lequel des comptes sociaux ont été rédigés, avec toutefois introduction d'une série d'exceptions à cette obligation (caractère in concreto insignifiant de ces informations par rapport aux principes du droit comptable des AE exprimés dans l'art. 42 A L2190/1920, selon lequel les comptes sociaux doivent présenter avec une clarté absolue l'image réelle de la société, autorisation du ministre du commerce si la publicité peut être sérieusement dommageable pour la société ou les entreprises auxquelles la participation est prise, AE de gestion de portefeuille et de gestion de fonds mutuels d'investissement, participation inférieure à 50 pour cent à des entreprises ne publiant pas de bilan, existence d'une relation de consolidation des comptes entre mère et filiale qui dispense la société mère de l'obligation de faire figurer dans son annexe les capitaux propres et le résultat de la filiale, étant donné que ces informations résultent des comptes consolidés).

un danger potentiel pour les minoritaires et les créanciers sociaux des filiales que la direction du groupe pourrait décider de « sacrifier », avec comme résultat leur prise en compte obligatoire par le droit. Pour le droit français sont ainsi soumises à la procédure des conventions réglementées les conventions conclues entre une société ayant la forme d'un SA et l'un de ses actionnaires – personnes physiques ou morales – disposant d'une fraction des droits de vote supérieur à 10% (L225-38 C.com. –v. supra). La disposition est très large dans sa formulation, utilisant un seuil quantitatif qui par lui-même ne suffit pas dans la plupart des cas pour donner à la société actionnaire le contrôle de la société concluant la convention. Il est toutefois évident qu'elle trouve a fortiori application dans des cas de groupe de sociétés, pourvu que la société ayant le contrôle ait dans celle contrôlée une participation lui garantissant au moins 10% des droits de vote, comme c'est normalement –mais pas nécessairement - le cas<sup>2045</sup>. Plus intéressante pour la prise en compte de la réalité du groupe de sociétés est l'autre cas prévu dans le même article, soumettant à la procédure des conventions réglementées les conventions conclues entre la société et la société contrôlant la société actionnaire disposant de plus de 10% des droits de vote, le critère de contrôle étant apprécié selon l'art. L233-3 C.com. (v. infra)<sup>2046</sup>. Un renvoi indirect à la réalité du groupe de sociétés et celle d'un contrôle exclusif exercé sur une société peut se trouver dans la prévision du même article L225-38 C.com. introduisant l'application du dispositif impératif sur les conventions réglementées aux conventions conclues entre la société et un de ses actionnaires disposant plus de 10 pour cent de droits de vote mais aussi ses dirigeants par « personne interposée » ; cela parce qu'en droit français les membres du conseil d'administration peuvent être des personnes morales, qui pourraient être tentées d'utiliser une société contrôlée absolument par elles comme personne interposée<sup>2047</sup>. L'utilisation d'une société comme personne interposée excède bien sûr la notion de contrôle (v. supra, Partie I sur l'interposition de personnes en droit français) – mais la réalité des groupes de sociétés présente souvent l'utilisation de filiales ou sociétés contrôlées comme personnes interposées des leurs sociétés-mères. Il est pourtant à noter que le droit français n'étend pas aux actionnaires participant avec un

---

2045 P. Le Cannu - B. Dondero, nos 748, 749, soulignant que la disposition peut faire difficulté dans le cas de dissociation des droits d'actionnaire, par le biais de relations d'usufruit, fiducie, indivision, portage etc. La disposition a été introduite en 2001 par la loi NRE.

2046 P. Le Cannu - B. Dondero, no 750, considérant que le texte, résultant de la loi NRE, manque de clarté, notamment pour ce qui concerne le cas du contrôle indirect. V. aussi no 751 sur les problèmes posés par les conventions auxquelles un administrateur est indirectement intéressé (cf. avec le dispositif grec exposé ci-dessous) – selon les auteurs la procédure des conventions réglementées n'est pas applicable à toutes les conventions conclues avec les sociétés contrôlantes des sociétés actionnaires importantes de la société contractante, le critère étant celui de l'intérêt social de la société contractante.

2047 V. P. Le Cannu- B. Dandero, no 748.

pourcentage au moins de 10 pour cent des droits de vote d'une SA la prohibition d'octroi par cette dernière à leur profit de prêts, garanties etc que prévoit pour les dirigeants l'art. L225-43, une omission favorable au crédit intragroupe ; mais l'octroi de tels prêts, garanties etc aux actionnaires de l'art. L225-38 C.com. doit logiquement passer par la procédure des conventions réglementées, sauf s'il s'agit d'opérations courantes conclues à des conditions normales par des établissements de crédit. Le droit grec des sociétés anonymes prévoit d'autre part l'application de sa réglementation impérative sur les conventions prohibées ou réglementées de la société anonyme avec ses administrateurs ou personnes identifiées à eux (v. supra Partie I) aux conventions entre la société et les personnes qui la contrôlent et les personnes morales contrôlées par elles, ainsi qu'aux celles entre les administrateurs et personnes qui contrôlent une société anonyme et les sociétés contrôlées par la société anonyme qu'ils administrent ou contrôlent (art. 23a § 5,6 L2190/1920). Le même article renvoie pour la définition de la notion de contrôle qu'il utilise à l'art. 42 § 5 sur la définition de la relation société-mère-société-filiale ou sous-filiale (v. ci-dessus), en introduisant ainsi par renvoi les notions de filiale et sous-filiale dans sa réglementation des conventions d'une société anonyme. L'extension de ces mêmes dispositions impératives aux conventions entre la société et les personnes morales contrôlées par les administrateurs ou personnes la contrôlant est aussi un renvoi au phénomène du groupe de sociétés, étant donné en plus que le droit grec reconnaît désormais, comme celui français, l'existence d'administrateurs de l'AE qui sont des personnes morales (v. supra) ; le droit grec préfère de la sorte utiliser la notion de contrôle et non celle de l'interposition de personnes, comme fait le droit français, pour mettre des limites aux conventions dans lesquelles les dirigeants ou actionnaires importants participant indirectement. Plus étroit que le dispositif du droit français, car exigeant non une simple participation mais l'existence du contrôle par le cocontractant actionnaire, le dispositif du droit grec sur les conventions réglementées est davantage focalisé sur le phénomène du contrôle au sein des sociétés (les statuts peuvent en plus selon la loi étendre l'application de cette réglementation aux conventions conclues avec d'autres personnes), en utilisant en plus le même critère pour la notion de contrôle que dans le cas de la consolidation des comptes, à la différence du droit français . Il est aussi à noter que le même dispositif sur les conventions réglementées ou prohibées est appliqué par le droit grec aux conventions conclues entre les personnes qui administrent ou contrôlent des sociétés anonymes (AE) et les sociétés en nom collectif ou commandites auxquelles la société anonyme participe comme associé en nom (23a § 6 L2190/1920) – une disposition qui semble tenir indirectement compte de la réalité des filiales communes sous forme de sociétés en nom dont tous les associés sont des sociétés anonymes. Ces

dispositifs des deux droits sous comparaison sur les conventions réglementées seraient d'autre part d'une utilité réduite si la société-mère exerce un contrôle absolu sur sa filiale, de sorte qu'elle peut maîtriser sans risque réel la majorité du conseil d'administration et de l'assemblée. C'est pourquoi le droit français prévoit que l'actionnaire de l'art. L225-38 ne peut pas prendre partie au vote et ses actions ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et majorité (L225-40 C. com.), tandis que le droit grec donne un droit de veto sur l'autorisation par l'assemblée générale de l'AE des conventions avec l'actionnaire contrôlant soumises à la réglementation de l'art. 23a à la grande minorité du tiers du capital social représenté dans l'assemblée (art. 23 a § 3, 4 L2190/1920 –v. supra), dispositif qui n'est pas suffisant si la société dominante dispose d'un contrôle dans la société contrôlée tel qu'il n'y ait pas de grande minorité pouvant s'opposer à l'autorisation. Il est d'ailleurs à rappeler que les conventions réglementées non approuvées par l'assemblée (dans le cas que nous étudions p. ex. à défaut de possibilité pour la société contrôlante de voter pour la convention qu'elle a conclue avec la société contrôlée) ne sont pas pour le droit français nulles, sauf fraude, mais il y a engagement de la responsabilité civile de l'intéressé et éventuellement des autres administrateurs à l'égard de la société si la convention est préjudiciable à cette dernière. Le déclenchement de l'action en responsabilité contre l'actionnaire intéressé est bien sûr problématique dans une société contrôlée par une autre, si l'intéressé est la société possédant le contrôle. La jurisprudence française a pourtant eu recours à l'abus de majorité pour annuler des conventions conclues par les dirigeants de la société contrôlée avec la société contrôlante qui étaient déséquilibrées au détriment de la première et n'avaient pas été approuvées par l'assemblée<sup>2048</sup>. En plus, la conclusion et exécution de telles conventions non approuvées seraient un indice important pour l'établissement de l'infraction d'abus de biens sociaux par les dirigeants sociaux, mais cela ne signifie pas que l'approbation par l'assemblée exclue nécessairement l'établissement de cette infraction si les conditions de son établissement sont réunies (v. supra Partie I sur l'abus de biens sociaux et infra sur la question de l'abus de biens sociaux et plus généralement de l'intérêt social dans le cadre du groupe de sociétés)<sup>2049</sup>. Par contre, en droit grec l'autorisation de l'assemblée doit être préalable à la conclusion de la convention réglementée avec l'actionnaire contrôlant comme condition de la validité de la conclusion de cette dernière, un effort d'approbation ex post de la convention engendrant un droit de veto de la petite minorité du vingtième du capital social représenté dans l'assemblée. Le droit français reconnaît d'ailleurs que les conventions entre sociétés d'un même groupe ont

---

<sup>2048</sup> V. l'arrêt précité –concernant une SARL– du 21 janvier 1997 de la Chambre commerciale de la Cour de cassation.

<sup>2049</sup> P. Le Cannu- B. Dondero, no 757.

une logique et dynamique différente de celles entre la société et autres personnes, en introduisant une exception au principe de la prohibition de l'octroi par la société anonyme de prêts, cautions et garanties au profit de ses dirigeants, si le dirigeant est une personne morale (L225-43 C.com.) ; il s'agit essentiellement d'une prise en compte de la pratique des sociétés-mères d'assumer des fonctions de dirigeants dans les organes de leurs filiales, mais aussi d'une reconnaissance du phénomène du crédit intragroupe (v. supra)<sup>2050</sup>. Cette exception au principe de la prohibition de conventions de crédit avec les dirigeants de l'AE n'est pas prévue en droit grec, qui en plus étend, à la différence du droit français, la prohibition de principe aux prêts, crédit, garanties etc de la société aux personnes la contrôlant et aux personnes morales contrôlées par ces deux catégories de personnes, ainsi qu'à ceux octroyés par les sociétés contrôlées par la société anonyme aux personnes mentionnées ci-dessus ou par des sociétés en nom ou commandites dans lesquelles la société participe comme associé en nom, mais aussi aux conventions de garantie ou de sûretés octroyées par ces personnes (art. 23a par. 1 L2190/1920). Selon l'opinion dominante, cette dernière disposition ne prohibe pas les conventions d'octroi de garanties par la société mère au profit de ses filiales. En plus, les inflexions de ce principe introduits par la réforme de 2007 du droit des sociétés anonymes peuvent être utilisés pour permettre la conclusion de certaines conventions de crédit par une société d'un groupe au profit d'une autre société du même groupe ayant la position de l'administrateur de la première ou la contrôlant, sous la condition d'une autorisation spéciale préalable de l'assemblée ordinaire, avec un droit d'opposition des actionnaires possédant les 10 pour cent du capital représenté dans l'assemblée ou les 5 pour cent, s'il s'agit d'une société cotée<sup>2051</sup>. Nous voyons de la sorte que le crédit intragroupe rencontre en droit grec davantage d'obstacles de droit des sociétés qu'en droit français. Plus généralement pour ce qui concerne le dispositif sur les conventions prohibées ou réglementées, un auteur grec s'exprime pour son application non seulement aux relations entre mères et filiales, mais à toute sorte de liaison entre entreprises, s'il y a risque de

---

2050 P. Le Cannu - B. Dandero, no 758.

2051 V. la nouvelle rédaction – après la réforme de 2007 – de l'art. 23 a L2190/1920. L'article émet une prohibition de principe des conventions entre la société et ses dirigeants ou les personnes la contrôlant apportant du crédit de la part de la société aux dirigeants ou personnes contrôlantes. La même prohibition de principe vaut pour les personnes morales contrôlées par les personnes que la prohibition de principe concerne. L'article fait une exception pour les conventions de garantie ou d'autre sûreté au profit des personnes mentionnées ci-dessus avec des conditions assez sévères, dont la relation de l'octroi de la garantie avec l'intérêt social, l'existence d'un droit de recours de la société contre le débiteur initial, la subordination de la créance des personnes auxquelles la garantie est donnée aux créances des tiers antérieures à cet octroi et l'autorisation préalable de l'assemblée générale, avec un droit d'opposition de la minorité du dixième (vingtième pour les sociétés cotées) du capital social présent ou représenté dans l'assemblée. Sur cette disposition et sa relation avec le groupe de sociétés v. N. Davrados, op. cit., p.59.

fraude à la loi<sup>2052</sup>. Pour les autres formes de sociétés à risques limités pouvant servir comme filiales, nous rappelons seulement que pour les SARL une procédure simplifiée de conventions réglementées est prévue pour la conclusion de toute convention entre un associé –indépendamment de la hauteur de sa participation- et la société qui échappe à la notion d’opération courante, tandis qu’une procédure simplifiée de conventions réglementées est introduite pour les conventions des SAS avec leurs actionnaires possédant au moins les dix pour cent des droits de vote et dépassant le champ des opérations courantes, comme dans les SA ; le risque d’abus de biens sociaux pèse d’ailleurs sur les dirigeants sociaux de ces sociétés qui concluraient des conventions désavantageuses au profit des sociétés contrôlantes, même s’il s’agit de SAS ou SARL unipersonnelles. A la différence du droit français, le droit grec ne prévoit pas de dispositif de conventions réglementées pour les contrats conclus par ses EPE ou IKE avec leurs associés, indépendamment du pourcentage de parts que ces derniers possèdent, dispositif qui est un motif pour la mise de filiales sous ces formes sociales ; pourtant, des conventions désavantageuses pour la filiale ayant une telle forme sociale avec la société mère pourraient être réputées nulles sur le fondement de la fraude aux dispositions impératives sur la protection du capital social (v. supra, Titre précédent).

### **Groupes de sociétés et autocontrôle, participations croisées**

Dans le souci de protéger la réalité du capital social, mais aussi de faire face à des situations de « verrouillage » du pouvoir au sein de la société au profit des dirigeants en place, le droit français a pris des initiatives visant à réprimer le phénomène d’“autocontrôle” des sociétés, à savoir de la possession du capital d’une société par d’autres sociétés contrôlées par elle et appartenant ainsi au même groupe de sociétés, montage jadis très répandu en France<sup>2053</sup>. Ainsi, selon l’article L233-31 C.com., lorsque des actions ou des droits de vote d’une société sont possédés par une ou plusieurs sociétés dont la première détient directement ou indirectement le contrôle, les droits de vote attachés à ces actions ou ces droits de vote ne peuvent être exercés à l’assemblée générale de la société et n’en est pas tenu compte pour le calcul du quorum (il s’agit bien sûr d’une disposition impérative). La violation de cette prohibition aboutit à la nullité de la délibération de l’assemblée, mais aussi

---

<sup>2052</sup> V. N. Davrados, *ibid.*

<sup>2053</sup> Sur les participations croisées, les participations circulaires et l’autocontrôle en France, v. P. Didier, t. 2, p. 545 suiv., 555 suiv.

à la sanction pénale des coupables (L247-3 C.com.)<sup>2054</sup>. Le sens donné au terme de contrôle n'est pas toutefois celui de l'art. L233-16 C.com. (v. supra), mais celui défini dans l'article L233-3 du Code. Selon cet article, une société est considérée comme contrôlant une autre lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant une majorité des droits de vote dans les assemblées générales ou lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ou lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ou lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société. Selon ce même article, la société est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement d'une fraction des droits de vote supérieure à 40% et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne<sup>2055</sup>. L'article en cause est plus explicite que l'art. L233-16 pour ce qui concerne la prise du contrôle de la société par le recours à des accords conférant des droits de vote à la société ayant le contrôle, tout en précisant que ces accords doivent être conformes à l'intérêt de la société contrôlée. Il prévoit d'ailleurs expressément le contrôle de fait exercé dans une société par une autre, tout en précisant qu'il doit s'agir d'un contrôle fondé sur l'exercice de droits de vote. En plus, un par. III du même article prévoit que deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme contrôlant une autre conjointement lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale. Ne se retrouvent pourtant pas les références de l'art. L233-16 à l'influence dominante exercée au sein de la société par une autre par voie de contrat ou de clause statutaire sans mention à une participation au capital (v. supra). Le Code français prévoit en plus expressément dans l'art. L233-4 du Code que toute participation même inférieure à dix pour cent possédée par une société contrôlée est réputée pour l'application de cette réglementation comme possédée indirectement par la société disposant du contrôle de la première. Par ce dispositif sur l'autocontrôle le droit français ne prohibe pas généralement l'acquisition des actions d'une société par actions par des sociétés contrôlées par elle, il vise toutefois à en neutraliser les effets néfastes et de décourager le recours à ce procédé.

---

2054 P. Le Cannu - B. Dondero, no. 1525 suiv. V. pourtant Ph. Merle, no 663, avec des nuances, en distinguant pour les décisions emportant modification des statuts, qui seraient nulles en cas de leur prise par participation des actions d'autocontrôle, seulement en cas de fraude.

2055 Sur le sens du contrôle dans l'art. L233-3 C.com. v. P. Le Cannu-B. Dondero, nos 1505 suiv.

Son efficacité est réputée pourtant par la doctrine française plutôt limitée, compte tenu de la complexité des participations dans les groupes importants, qui rend difficile la découverte des relations d'autocontrôle, mais aussi l'internationalisation accrue des groupes, les sociétés ayant leur siège à l'étranger échappant à ce dispositif<sup>2056</sup>. Le droit français avait introduit aussi une réglementation impérative visant à limiter les participations croisées entre sociétés dont l'une au moins est société par actions, une réglementation qui est bien sûr en relation étroite avec la réalité du groupe de sociétés ; le Code de commerce français prohibe ainsi la prise de participation par une société dans une autre société qui est par actions et qui possède déjà une participation supérieure à dix pour cent dans le capital de la première (art. L233-29, L233-30), dispositif dont la violation est pénalement sanctionnée (L247-3 C.com)<sup>2057</sup>. Ce dispositif de prohibition des participations croisées est indépendant de la notion de contrôle, il trouve toutefois a fortiori application dans le cas de sociétés filiales (au sens du droit français –v. supra) et celles contrôlées par une autre société directement par l'étendue de sa participation dépassant normalement les dix pour cent. Il est toutefois souvent critiqué parce qu'il ne tient pas compte du contrôle indirect et des participations croisées par le biais d'une troisième société, le dispositif légale étant de la sorte facilement contournable<sup>2058</sup> ; les lacunes de ce dispositif sont de la sorte réputées comblées partiellement par la disposition plus récente de l'art. L233-31 sur la neutralisation des actions essentiellement autocôntrolées (v. ci-dessus). Il est à noter à cette place que le droit français permet l'émission par une société d'actions de préférence donnant des droits particuliers de participation dans une société possédant directement ou indirectement plus de la moitié du capital de l'émettrice ou dans une société dont plus de la moitié du capital est possédé directement ou indirectement par l'émettrice (art. L228-13 C.com.) ; cette disposition est une prise en compte du groupe de sociétés et du contrôle entre sociétés, mais elle pose des problèmes évidents par rapport à des principes fondamentaux du droit des sociétés plus que ne le fait l'autocontrôle, comme il est difficile d'imaginer l'émission d'actions par une société donnant des droits particuliers dans une autre société<sup>2059</sup>.

---

<sup>2056</sup> Ph. Merle, op. cit., no 663.

<sup>2057</sup> Sur les détails de ce dispositif v. P. Le Cannu - B. Dondero, nos 1528 suiv. V. aussi sur les relations entre les deux dispositifs du droit français sur l'autocontrôle et les participations croisées P. Didier, op. cit., p. 545-546 et sur les sanctions (notamment la question de la cession effectuée en violation de la loi) M. Cozian-A. Viandier- Fl. Deboissy, no 1468.

<sup>2058</sup> V. M. Cozian-A. Viandier- Fl. Deboissy nos 1467, 1468, M. Germain-V. Magnier in *Traité de Ripert-Roblot*, no 2028.

<sup>2059</sup> M. Cozian- A. Viandier- Fl. Deboissy, no 948.



Le droit grec adopte une solution plus simple, en assimilant l'acquisition d'actions d'une société anonyme –soit par souscription dans le cadre d'une augmentation de capital soit par rachat - par une AE ou EPE ou commandite par actions dont la première société anonyme détient, directement ou indirectement, la majorité de leurs droits de vote ou exerce à leur sein, directement ou indirectement, une influence dominante à l'acquisition par cette société anonyme de ses propres actions ; comme sociétés indirectement contrôlées soit par détention indirecte de la majorité des droits de vote, soit par exercice indirecte d'une influence dominante on devrait comprendre notamment les sociétés sous-filiales (art. 17 par. 2 L2190/1920). Il permet par la suite à titre exceptionnel l'acquisition des actions d'une société mère par une filiale de cette société au sens du paragraphe 2 de l'art. 17 sous la condition du respect des conditions prévues pour l'acquisition par la société anonyme de ses propres actions selon l'art. 16 de la loi sur les AE (ainsi l'art. 17 par. 2a L2190/1920 – v. supra Partie I sur ce régime impératif en droit grec, avec l'abandon de la prohibition traditionnelle d'acquisition par une société anonyme grecque de ses propres actions et l'introduction d'un principe de liberté sous restrictions) ; ce dispositif est expressément appliqué aussi en cas d'acquisition d'actions d'une AE grecque par une société contrôlée par elle mais étrangère et ayant une forme juridique correspondant à celles grecques d'AE, EPE ou commandite par actions<sup>2060</sup>. Le même article prévoit une prohibition de principe de la prise en gage des actions de la société mère par ses filiales ayant la forme de société anonyme, dans le même souci de protection de la réalité du capital social de la société mère, en introduisant toutefois les mêmes exceptions que dans le cas des actions autodétenues<sup>2061</sup>. La libéralisation en 2007 de la législation grecque concernant l'acquisition par une société anonyme de ses propres actions (v. supra, Partie I) a eu ainsi des conséquences sur le régime des actions détenues par les filiales, bien qu'on ne doive pas oublier qu'un plafond de dix pour cent existe toujours pour les actions

---

2060 N. Rokas, p. 390-391, I. Spyropoulos (en grec) « La sauvegarde du capital social par le biais de la prohibition de l'acquisition, souscription et possession des actions d'une AE mère par une filiale », DEE 2004, 528. Sur l'histoire de la réglementation grecque v. (en grec) V. Papadrossou-Archaniotaki « Participation de société dépendante dans le capital de la société anonyme qui la contrôle », Episk.E.D. 2001, p. 868 suiv. Selon le texte de la loi sont assimilées à l'acquisition par une société anonyme de ses propres actions les acquisitions ou la détention de ses actions par une autre société anonyme ou EPE ou commandite par actions dans laquelle la première société dispose directement ou indirectement de la majorité des droits de vote ou sur laquelle elle peut exercer directement ou indirectement une influence dominante, même s'il s'agit de sociétés de droit étranger correspondant aux formes sociales du droit grec mentionnées ci-dessus. Cette disposition doit être interprétée comme concernant aussi les sous-filiales. La loi permet une telle acquisition d'actions avec les conditions et limites en vigueur pour les actions auto-détenues. Elle prévoit aussi quelques exceptions, notamment pour l'acquisition d'actions par une société contrôlée non pour son propre compte, mais pour le compte d'un autre.

<sup>2061</sup>

V. sur ce dispositif V. Antonopoulos « Droit des AE et EPE », p. 313.

autodétenues, que l'acquisition de propres actions suppose qu'elles sont entièrement libérées et que ces dernières sont politiquement et financièrement neutralisées (art. 16 L2190/1920- v. supra). A la différence du droit français, le droit grec ne prévoit pas une réglementation des participations croisées au-delà de l'existence des relations de contrôle entre sociétés – pourtant, sa réglementation évite le recours à un dualisme de dispositifs, comme c'est le cas en droit français, et utilise des critères plus larges que ceux de l'art. L233-3 C.com., en tenant compte de l'influence dominante même indirectement exercée pour déterminer les sociétés contrôlées au sens de ce dispositif. On pourrait toutefois considérer que les deux droits sous comparaison tiennent seulement partiellement compte de la réalité du groupe de sociétés, en exigeant pour l'application de leurs dispositifs sur l'autocontrôle l'implication d'au moins d'une société anonyme ou par actions<sup>2062</sup>.

### **La prise en compte de cas particuliers de filiales**

La pratique des groupes de sociétés de constituer des filiales – ou des filiales communes – sous forme de sociétés en nom collectif dont tous les associés sont des sociétés à risques limités a amené à la prise de conscience de l'émergence de fait d'une nouvelle forme sociale. Cette prise de conscience a été d'abord effectuée au niveau communautaire, avec des dispositions de la directive 90/605/CE, transposée par la suite en droit français et en droit grec. Le droit français contient ainsi aujourd'hui des prévisions de droit impératif étendant aux sociétés en nom collectif dont tous les associés sont des sociétés par actions ou des SARL ou dont tous les associés sont des sociétés en nom ou commandites dont tous les associés sont des sociétés par actions ou SARL les obligations de publicité des comptes des sociétés de capitaux, sous menace de sanction pénale en cas de violation de cette obligation (L232-21, R247-3 C.com.). Le droit grec impose la même obligation quant aux comptes sociaux et a en plus assimilé la procédure de constitution de ces sociétés en nom avec la procédure de constitution des sociétés de capitaux (constitution par acte notarié, immatriculation au registre et publicité – v. supra sur le dualisme des processus de constitution des sociétés en droit grec). Il a aussi assimilé sur certains points particuliers la réglementation impérative des sociétés en nom en cause à celle des EPE (SARL grecques – 50 a L3190/1955)<sup>2063</sup>. Un autre cas particulier de filiale

---

<sup>2062</sup> Ainsi sur le dispositif français des participations croisées M. Germain-V. Magnier, op. cit., no 2028.

<sup>2063</sup> Sur la société en nom collectif dont tous les associés sont des sociétés à risques limités v. P. Le Cannu - B. Dondero, no 1390 (se référant aux risques de fraude dans le cas d'une SNC dont tous les associés seraient des EURL- ainsi aussi P. Diener, JCP E 1993 I, 153), N. Rokas, p. 142 (critique à l'égard du dispositif grec comme allant au-delà de la réglementation

est celle dont la totalité de capital appartient à la société mère, société éloignée le plus possible des conceptions classiques sur les sociétés comme contrats ou expressions juridiques de groupements de personnes. En exploitant la possibilité offerte par le droit communautaire, les deux droits de sociétés sous comparaison ont introduit pour ces filiales des dispositifs de fusion simplifiée, en tenant compte du fait que dans celles-ci il n'y a pas de minorité pour protéger (art. L236-2, L236-11, L236-12, L236-17 C. com., 78 L2190/1920 – v. sur ce régime supra)<sup>2064</sup>.

## **B. Les groupes de sociétés dans les autres branches du droit de l'entreprise**

### **Le groupe de sociétés et le droit du travail**

Comme nous avons vu ci-dessus, le “montage structurel” du groupe de sociétés crée des problèmes certains pour le droit du travail, car l'employeur en droit (la filiale) n'est pas le centre réel de prise de décisions au sein de l'entreprise unique que constitue le groupe de sociétés. Le droit français du travail n'a pas avancé jusqu'à percer le voile de la personnalité morale de la filiale pour déclarer expressément comme employeur du personnel de la filiale la société-mère (v. toutefois infra sur des efforts de la jurisprudence en la matière)<sup>2065</sup>. Il a toutefois expressément tenu compte de la réalité du groupe de sociétés et de son impact en matière du droit du travail, en imposant en cas d'existence d'un groupe de sociétés la constitution d'un comité d'entreprise au niveau du groupe (art. L 2332-1 C. trav.)<sup>2066</sup>. Le législateur français reconnaît aussi la réalité du groupe de sociétés pour fonder un droit de rapatriement à l'égard de la société mère d'un de ses salariés mise à la disposition d'une filiale étrangère et licencié par la suite par cette dernière (art. L1231-5 Code du travail). Il est aussi à noter que le droit français du travail renvoie à l'occasion de sa réglementation sur le comité du groupe aux définitions des art. L233-3, L233-16 C. com. concernant le contrôle d'une société par une autre, mais il propose aussi à titre supplémentaire sa propre définition à la domination d'une société par une autre, en élargissant le domaine, avec aussi introduction de présomptions –simples- pour l'établissement de cette relation (art. L2331 II du Code du travail –est réputé pour cet article

---

communautaire), P. Papadrossou-Archaniotaki « La participation d'une société anonyme à une société en nom collectif », monographie précitée.

<sup>2064</sup> V. sur les fusions rapides en droit français Memento F. Lefebvre no 3927 et en droit grec A. Karagounidis in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 8, p. 257 suiv., notamment sur la distinction entre procédure de fusion simplifiée et procédure absolument simplifiée.

<sup>2065</sup> V. P. Le Cannu-B. Dondero, nos 1587 suiv.,

<sup>2066</sup> V. P. Le Cannu- B. Dondero, nos 1589 suiv..

dominante une entreprise ayant la possession au moins de dix pour cent du capital d'une autre avec pouvoir d'exercice d'influence dominante sur la seconde, si de la permanence et importance des relations de ces entreprises résulte leur appartenance à un même ensemble économique ; les présomptions utilisées pour établir l'existence d'une influence dominante sont la possibilité de la première entreprise directement ou indirectement de nommer plus de la moitié des membres d'administration, de surveillance ou de direction de l'autre, ou la possession de sa part de la majorité des droits de vote de l'autre, ou détient la majorité du capital de l'autre). En droit grec, on retrouve aussi une pareille reconnaissance expresse –bien que très partielle- du “montage structurel” du groupe de sociétés par le droit du travail, avec des dispositions concernant le droit de la grève et les conseils des salariés, disposition considérant dans certains cas le groupe de sociétés comme employeur unique, malgré la pluralité de personnes morales (19 par. 1 L1264/1982 – reconnaissance du droit à la grève de solidarité dans le cadre des groupes de sociétés multinationaux-, 16 par. 1 L1767/1988 – reconnaissance dans le cadre d'une pluralité d'entreprises juridiquement autonomes dirigées en fait par l'une d'elles de la nomination de représentants communs du personnel dans le but de coordination sur les problèmes communs, ainsi que de la possibilité de représentation des salariés de plusieurs entreprises par le conseil des salariés d'une d'entre elles, s'il y a constitution d'un tel conseil dans l'une seulement de ces entreprises). Pour le reste, les autres questions essentielles nées par la réalité du groupe de sociétés en matière de droit du travail sont laissées au domaine de la jurisprudence (v. infra)<sup>2067</sup>. Les deux législateurs garantissent en tout cas la continuité des contrats de travail en cas de changement dans la personne de l'employeur, changement qui souvent est lié avec le phénomène du groupe de sociétés, notamment dans les cas de prise de contrôle et de restructurations (L1224-1 C. du travail, décret présidentiel 572/1988 et désormais 178/2002 - v. aussi les directives 77/187/CE, 98/50/CE)<sup>2068</sup>.

### **Le groupe de sociétés et le droit fiscal**

Le droit fiscal français, sans reconnaître au groupe de sociétés la personnalité fiscale, tient largement compte du « montage structurel » du groupe<sup>2069</sup>. Le droit fiscal français est ainsi tout d'abord favorable à l'égard des multiples restructurations effectuées au sein du groupe de sociétés (v. supra Partie I), avec la restriction toutefois que

---

<sup>2067</sup> Sur le groupe de sociétés et le droit grec du travail v. N. Davrados, op. cit., p. 81-83, K. Rigas, monographie précitée, p. 87.

<sup>2068</sup> V. P. Le Cannu- B. Dondero no 1595, S. Mousoulas in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 8, p. 121-122.

<sup>2069</sup> M. Cozian « Précis de fiscalité des entreprises » (par F. Deboissy), nos 729 suiv., Ph. Selooten « Groupe de sociétés (régime fiscal) », Répertoire Dalloz de droit des sociétés.

l'imputation des déficits éventuels de la société absorbée sur la société absorbante n'est pas permise, sauf agrément administratif octroyé sous certaines conditions, surtout sous la condition que le motif principal de la fusion ne soit pas fiscal, dans le but de décourager des fusions avec des buts purement fiscaux (art. 209 CGI – v. infra sur l'importance de ce dispositif dans le cadre du montage de LBO et le palliatif de la fusion « à l'envers »)<sup>2070</sup>. D'une manière plus avancée quant à la reconnaissance de la réalité du groupe de sociétés, il tient compte de la particularité et de la problématique des opérations intragroupe, en s'efforçant de déjouer les efforts d' « optimisation fiscale » artificielle et plus généralement des comportements anormaux entre sociétés du même groupe<sup>2071</sup>. Ainsi, le droit fiscal français est réputé adopter le principe que les opérations intragroupe doivent en principe se faire comme des opérations normales entre entreprises indépendantes ou pour le dire autrement à prix normal selon le principe de pleine concurrence<sup>2072</sup>. Pourtant, l'intervention du législateur français concerne surtout les transactions avec les sociétés du groupe installées à l'étranger, à cause du danger d'évasion fiscale vers des pays à fiscalité moindre existant dans les opérations intragroupe internationales, tandis que la question des transactions intragroupe franco-françaises anormales est laissée largement à la jurisprudence (v. infra – v. pourtant art. 39-12 CGI sur les limites de la déductibilité des redevances dues en cas de concession par une entreprise à une autre liée avec la première par une relation de dépendance, avec en plus définition de la notion d'entreprises liées pour l'application de cet article, et ci-dessous sur l'intervention du législateur fiscal en cas de sous-capitalisation des entreprises faisant partie d'entreprises liées)<sup>2073</sup>. Ainsi, le législateur français introduit un dispositif de réintégration au résultat d'une entreprise française des bénéfices transférés indirectement à une entreprise située hors France par le biais de majoration ou de diminution de prix d'achat ou de vente ou par tout autre moyen, quand l'une d'elles est sous le contrôle ou la dépendance de l'autre (art. 57 CGI)<sup>2074</sup>. Il est à noter que le législateur fiscal français ne donne pas une définition des notions de

---

2070 M. Cozian - A. Viandier - Fl. Deboissy, no 1512. Sur la prohibition traditionnelle de principe de l'imputation des déficits de la société absorbée sur les bénéfices de celle absorbante et son atténuation par la suite v. M. Cozian « Précis... » no

2071 V. M. Cozian « Précis... », nos 761 suiv.

<sup>2072</sup> V. M. Cozian « Précis... », ibid.

2073 V. sur le principe des transactions à prix normal M. Cozian « Précis ... », nos 762 suiv. et plus particulièrement nos 764 suiv. sur l'aide consentie à une filiale du point de vue fiscal. Selon l'art. 39-12 CGI, il y a lien de dépendance entre deux entreprises si l'une dispose directement ou par personne interposée de la majorité du capital de l'autre ou elle y exerce en fait le pouvoir de décision ou si les deux entreprises sont placées sous le contrôle (au sens présenté ci-dessus) d'une tierce entreprise.

<sup>2074</sup> V. M. Cozian « Précis... », nos 871 suiv., notamment sur la charge de la preuve de l'administration, les opérations qui font présumer un transfert indirect de bénéfices et les conditions sous lesquelles l'entreprise intéressée peut renverser cette présomption.

dépendance ou contrôle utilisées dans cet article. En plus, si l'entreprise à laquelle le transfert de bénéfices est effectué est située dans un pays à fiscalité privilégiée au sens de l'art. 238 A CGI (v. infra sur ces pays, en plus sur la distinction entre pays à fiscalité privilégiée et pays non coopératifs) l'administration fiscale française n'a pas à prouver une relation de contrôle et de dépendance entre les entreprises impliquées. Plus généralement, le droit fiscal français répute comme transfert indirect de bénéfices non déductible du résultat une série d'obligations assumées ou de dépenses (intérêts, redevances, rémunérations de service de toute nature, versements effectués sur un compte bancaire) effectuées par des personnes domiciliées ou établies en France au profit de personnes domiciliées ou établies à des pays à fiscalité privilégiée ; il s'agit d'une présomption – pourtant non irréfragable, la preuve contraire du caractère normal de l'opération étant possible- d'évasion fiscale opérée par le biais de ces opérations (art. 238 A CGI) ; il s'agit en plus d'un dispositif qui, tout en ne se référant pas expressément aux groupes de sociétés, est par excellence applicable aux opérations intragroupe internationales, en plus sans besoin de preuve d'une relation de dépendance entre les personnes juridiques impliquées<sup>2075</sup>. En outre, le droit fiscal français impose une « consolidation-punition » aux résultats d'une personne morale soumise à l'impôt sur les sociétés située en France des résultats de ses filiales ou plus généralement d'entités juridiques contrôlées situées dans les pays de fiscalité privilégiée, en présumant de la sorte que cette implantation vise essentiellement à l'évasion fiscale par la combinaison de la fiscalité privilégiée du pays d'implantation de l'entité contrôlée avec le dispositif français d'exonération d'impôt des dividendes distribués par les mères aux filiales (v. sur ce dernier dispositif ci-dessous -art. 209 B CGI) ; le contrôle d'une entité sur l'autre résulte dans le cadre de cet article de la possession par la société française, directement ou indirectement, plus de cinquante pour cent des actions, parts, droits financiers ou droits de vote de l'entité « paradisiaque », ce seuil étant abaissé à cinq pour cent lorsque plusieurs sociétés françaises exercent le contrôle sur une entité « paradisiaque » directement ou indirectement en agissant de concert, avec en plus une prise en compte expresse par la loi de montages de détention indirecte de droits dans une entité paradisiaque ; de la sorte, le législateur fiscal français vise à déjouer tous les montages possibles de contrôle indirect ou conjoint d'entités paradisiaques par des sociétés françaises. Demeure toutefois selon la loi la possibilité pour la société française d'exclure la consolidation-punition en prouvant que son établissement dans un pays à fiscalité privilégiée n'est pas un montage artificiel visant à la fraude

---

<sup>2075</sup> V. sur ce dispositif M. Cozian « Précis... », nos 887-888, en plus sur le durcissement à l'égard des personnes domiciliées à des pays non coopératifs.

fiscale<sup>2076</sup>. D'autre part, le droit fiscal français est globalement favorable à l'égard du groupe de sociétés comme « montage structurel », en prévoyant pour les sociétés relevant de l'impôt sur les sociétés un dispositif d'exonération de la remontée des dividendes des filiales vers la société mère, cette dernière étant définie très largement comme celle possédant une participation au moins égale aux cinq pour cent du capital de l'autre (art. 145, 216 CGI) ; des auteurs avisés caractérisent ce dispositif comme l'un des plus favorables du monde, en remarquant qu'il permet la circulation des bénéficiaires au sein du groupe en quasi-franchise fiscale, ce qui à son tour permet la construction de groupes puissants et structurés. Il permet aussi l'intégration des résultats des sociétés mères et des sociétés filiales relevant de l'impôt sur les sociétés dont le capital est possédée à un pourcentage d'au moins de quatre-vingt quinze pour cent par la société mère (art. 206 sexies CGI), dispositif qui donne la possibilité fiscalement favorable de la remontée des pertes de la filiale vers la société mère<sup>2077</sup>. En plus, depuis 2007 le droit fiscal français exonère de l'impôt la plus-value résultant de la cession d'une participation d'au moins de cinq pour cent, modalité principale de cession d'une filiale<sup>2078</sup>. Pourtant, suivant le principe que le groupe de sociétés n'a pas la personnalité fiscale, la remontée des pertes des filiales qui ne sont pas des sociétés de personnes semi-transparentes fiscalement vers la société mère n'est pas en principe permise (sauf dans le cas de consolidation des résultats- v.

---

<sup>2076</sup> V. M. Cozian op cit. nos 891 suiv., sur la relation de ce dispositif avec les conventions fiscales internationales, la présomption d'évasion fiscale qu'il crée et les possibilités de renversement de cette présomption et le durcissement en cas d'implantation à un pays non coopératif. La même disposition concerne aussi l'établissement à un paradis fiscal sous forme de succursale.

<sup>2077</sup> Sur le régime de l'exonération des dividendes et ses avantages pour la constitution de groupes, les conditions et limites de ce dispositif v. M. Cozian « Précis... », nos 730 suiv. et ibid no 739 suiv. sur le régime des sociétés dont le résultat est intégré. Sur le dispositif fiscal français concernant la remontée des dividendes comme figurant parmi les plus favorables du monde v. M. Cozian-A. Viandier-FI. Deboissy no 1517, ajoutant que « [A] cet égard les holdings françaises font figure de vrais « paradis fiscaux », n'ayant rien à envier, sur ce point au moins, aux holdings luxembourgeoises ou néerlandaises ». Sur les modalités de calcul du seuil de quatre-vingt quinze pour cent nécessaire pour l'intégration fiscale notamment pour ce qui concerne les sous-filiales v. M. Cozian « Précis... » no 757. Il est aussi à noter que l'intégration fiscale ne signifie pas reconnaissance de personnalité fiscale au groupe de sociétés : selon la loi, seule la société mère est redevable de l'imposition due, et les filiales sont tenues uniquement à une garantie à hauteur de ce qu'elles auraient due si elles étaient des sociétés indépendantes. Des conventions à l'intérieur du groupe intégré portant sur la répartition entre ses sociétés des impôts dûs par la société mère intégrante sont possibles (v. Memento F. Lefebvre sur les groupes, nos 8140, 21103).

<sup>2078</sup> V. M. Cozian « Précis... » nos 681 suiv. , M. Cozian-A. Viandier-FI. Deboissy no 1521, estimant que cette réforme a amélioré l'attractivité de la France par rapport à ses voisins comme les Pays-Bas et le Luxembourg, qui auparavant bénéficiaient de leur régime fiscal d'exonération de ces cessions pour attirer l'établissement des sociétés holdings. Sont pourtant exclues de cette exonération des participations les cessions des participations dans les sociétés à prépondérance immobilière (v. infra, Titre II). Sont aussi exclues de l'exonération les cessions de participations dans des sociétés filiales implantées dans un Etat non coopératif.

supra sur les conditions)<sup>2079</sup>. Le législateur fiscal français a aussi introduit des mesures visant à faire face à la sous-capitalisation des sociétés au sein des groupes de sociétés et aux utilisations détournées du crédit intragroupe, en imposant des limites à la déductibilité des intérêts versés par les sociétés du groupe (art. 212 II CGI)<sup>2080</sup>. L'art. 64 LPF concernant la répression de l'abus de droit fiscal (v. supra Partie I sur l'abus de droit-simulation et surtout sur l'abus de droit fiscal-fraude) peut aussi bien sûr trouver application à des opérations effectuées au sein des groupes de sociétés. Ont ainsi particulièrement fait l'objet de soupçons des opérations au sein de groupes de transformations de sociétés de capitaux en sociétés de personnes, des opérations de fusions « à l'envers » ou de contrats de location gérance de fonds de commerce de filiales déficitaires à d'autres filiales, comme visant à des intégrations fiscales de fait<sup>2081</sup> ; pourtant, la jurisprudence française est assez libérale à l'égard de montages intragroupes d'« optimisation fiscale » soupçonnés d'abus (p. ex. la fusion dite « à l'envers » entre une société filiale et une société mère), en ayant une tendance à admettre assez facilement l'existence de motifs autre que celui fiscal et en ne retenant par conséquent l'abus que dans des cas exceptionnels<sup>2082</sup>. Il est toutefois à noter que la création d'une filiale –notamment avec objet financier- simple coquille vide à l'étranger pour des raisons exclusivement fiscales est selon la jurisprudence française un

---

2073 M. Cozian-A. Viandier-FI. Deboissy, no 1518.

<sup>2080</sup> V. sur ce dispositif M. Cozian « Précis... », nos 803 suiv. Le dispositif en cause concerne des entreprises liées telles que définies dans l'art. 39-12 CGI. L'art. 212 II introduit des critères quantitatifs déterminant quand une société est sous-capitalisée notamment en comparant les capitaux propres de la société avec les avances octroyées à elle par les autres sociétés liées. Ce dispositif ne concerne pas toutefois les intérêts dus par les établissements de crédit ni les intérêts dus pour des sommes versées dans le cadre d'une convention de centralisation de la gestion de la trésorerie du groupe par la société du groupe ayant assumé cette gestion. En tout cas, même en dehors de la sous-capitalisation, la loi fiscale française prévoit des plafonds de taux pour la déductibilité des intérêts dans le cadre du crédit intragroupe (art. 212 I, 39 I 3).

<sup>2081</sup> V. M. Cozian « Précis... » no 758, P. Le Cannu-B. Dondero no 1579.

<sup>2082</sup> V. sur le groupe de sociétés et l'abus de droit fiscal P. Le Cannu-B. Dondero nos 1578-1579. Sur la fusion à l'envers v. CE 21 mars 1986, RJF 1986, p. 267, concl. O. Fouquet, rejetant l'abus si l'opération obéit à une logique économique, M. Cozian-A. Viandier-FI. Deboissy no 1418, observant que « ... si la loi (CGI, art. 209) interdit, sauf agrément, d'imputer sur les bénéfices de l'absorbante les déficits de l'absorbée, elle est muette sur l'opération inverse d'imputation des déficits de l'absorbante sur les bénéfices de l'absorbée ». Pour un cas de figure d'apport partiel d'actif dénoncé comme constituant abus de droit fiscal, mais dans lequel l'abus n'a pas non plus été retenu par la jurisprudence v. C. cass. Ch. Com. 21 oct. 1992, Bull. Joly soc. 1992, p. 683, note P. Derouin, M. Cozian- A. Viandier- FI. Deboissy, no 1431. V. pourtant CE 20 mars 2007, JCP E 2007, 1698, note H. Hovasse (apport d'un fonds de commerce –d'un hypermarché – à une société filiale suivie par le rachat des actions de cette filiale par le groupe de sociétés s'intéressant à l'acquisition de l'hypermarché et par l'absorption de la filiale ainsi transmise par sa nouvelle propriétaire, le montage étant qualifié d'abus de droit- fraude à la loi fiscale et plus particulièrement aux droits de mutations sur la cession des fonds de commerce par le Conseil d'Etat français – v. sur cet arrêt et les polémiques qu'il a suscité M. Cozian « Précis... », no 1690, estimant que l'arrêt s'explique par les circonstances de l'espèce). Pour les conditions de la non qualification comme abusive de la fusion rapide v. Memento F. Lefebvre sur le groupe de sociétés, no 819.



montage constitutif d'abus de droit fiscal (art. 64 LPF – v. supra, Partie I), cette qualification et les sanctions en découlant n'étant pas en plus contraires à la liberté communautaire d'établissement<sup>2083</sup>.

L'approche du droit fiscal grec face au phénomène du groupe de sociétés est traditionnellement plus partielle que celle du droit français. Ce qui est sûr est que le droit fiscal grec, comme celui français, ne reconnaît pas au groupe de sociétés la personnalité fiscale<sup>2084</sup>. Le législateur fiscal grec a toutefois une attitude traditionnellement favorable à l'égard des restructurations de sociétés – fusions, scissions, apports de branches d'activité, des opérations nécessaires dans la vie des groupes et tendant à la concentration économique jugée nécessaire pour la compétitivité internationale de l'économie grecque-, en leur reconnaissant la neutralité fiscale même dans les cas pour lesquels le droit grec des sociétés ne les reconnaît pas comme ayant des effets de transmission universelle de patrimoine (v. supra Partie I). Ce régime fiscal favorable pour les restructurations des sociétés est repris par la réforme récente du droit fiscal grec effectuée par la loi 4172/2013 (art. 52-55). Pourtant, innovation importante du droit fiscal grec le rapprochant à celui français avec sa conception de l'abus de droit- fraude à la loi fiscale, le bénéfice du régime de neutralité fiscale n'est pas reconnu par la loi si l'opération de restructuration a comme but exclusif ou comme l'un de ses buts principaux l'évasion fiscale (art. 56 L4172/2013), le fait que la restructuration n'est pas effectuée en servant une finalité économique acceptable, comme la rationalisation ou la restructuration des activités des sociétés impliquées, pouvant selon la loi constituer une présomption que l'opération a comme finalité exclusive ou comme l'une de ses finalités principales l'évasion fiscale ; évidemment ce dispositif peut poser des problèmes à certains montages intragroupe effectués avec des buts

---

<sup>2083</sup> V. sur la qualification d'abus de droit fiscal- fraude à la loi de la création d'une filiale commune–holding luxembourgeoise par plusieurs sociétés françaises avec une banque luxembourgeoise, la holding ayant comme objet la gestion de la trésorerie des actionnaires, ces derniers bénéficiant cumulativement de la fiscalité ultra- privilégiée à l'époque de ces sociétés holdings luxembourgeoises et du régime français des dividendes perçus par les sociétés mères CE 18 mai 2005, Dr. fisc. 2005, no 44-45, comm. 726, concl. P. Collin, avec les éléments retenus pour la qualification de ce procédé de montage purement artificiel ayant une motivation exclusivement fiscale (la rentabilité financière de ce type de placements n'était pas à l'époque plus élevée au Luxembourg qu'en France, de sorte qu'il résultait la motivation exclusivement fiscale des participants, la société holding luxembourgeoise était en réalité une coquille vide sans substance économique propre, la gestion étant assurée par une filiale off-shore de la banque luxembourgeoise). V. aussi CJCE 12 sept. 2006, Cadbury-Schweepes, JCP E 2006, 2769, note B. Boutemy- E. Meier, cet arrêt acceptant même par exception à la liberté communautaire d'établissement le droit des Etats membres d'adopter des dispositifs anti-abus visant à réprimer des montages purement artificiels destinés à éluder les impositions nationales. V. sur cette question en droit français et en droit communautaire M. Cozian « Précis... » nos 909-910.

<sup>2084</sup> V. sur l'ensemble de la question (en grec) N. Barbas « Imposition des revenus », éd. Sakkoula, 2e édition 2006, p. 340 suiv., N. Davrados, op. cit., p. 65 suiv..

exclusivement ou principalement fiscaux (v. ainsi infra Titre II sur les fusions rapides dans le cadre du montage de LBO - il est à noter que l'article en cause n'exige pas un motif exclusivement fiscal comme l'art. L64 du LPF français pour qualifier l'abus de droit- fraude à la loi fiscale, en se présentant ainsi comme plus sévère que ce dernier, bien que sa portée soit plus réduite, parce qu'il ne s'agit pas d'une disposition de portée générale, concernant toute opération et montage avec intérêt fiscal, comme c'est le cas avec l'art. L64 LPF, mais d'une disposition concernant seulement les restructurations sociétaires – v. toutefois supra sur l'introduction par l'art. 38 L4174/2013 d'un dispositif anti-fraude fiscale de portée générale). Le droit fiscal grec ne prévoyait pas d'autre part jusque récemment un régime spécial pour la distribution de dividendes des sociétés filiales à leurs mères, en laissant cette question au régime général fiscal visant à éviter la double imposition des bénéfices d'une société (v. supra Partie I- pour les AE et EPE imposition de l'ensemble des bénéfices avant distribution au niveau de la société, traditionnellement avec épuisement de l'obligation fiscale des actionnaires pour les bénéfices distribués, aujourd'hui toutefois avec une retenue à la source de dix pour cent pour ces dividendes distribués), solution aujourd'hui moins favorable dans son principe pour le « montage structurel » du groupe de sociétés que celle du droit français d'exonération des dividendes perçus par les sociétés mères (mais on doit tenir compte pour la comparaison que le taux d'imposition des bénéfices des sociétés est moindre en Grèce qu'en France –v. supra, Partie I)<sup>2085</sup>. Pourtant, la réforme récente du droit fiscal grec a introduit sous conditions un régime d'exonération des dividendes distribués par les sociétés filiales à leurs mères similaire à celui du droit français (art. 48 L4172/2013- selon cet article, les dividendes de provenance de n'importe quelle forme de personne morale grecque ou étrangère perçus par une personne morale domiciliée en Grèce sont exonérés de l'impôt, si la personne morale bénéficiaire détient une participation d'au moins de dix pour cent du capital social ou des droits de vote de la personne morale qui a distribué les dividendes, elle détient cette participation pour au moins vingt-quatre mois et la personne morale ayant fait la distribution n'est pas domiciliée dans un Etat non coopératif). Il résulte de la sorte un traitement plus favorable qu'auparavant par le législateur fiscal grec pour la circulation des bénéfices à l'intérieur des groupes de sociétés, en plus désormais plus favorable globalement que celui français (exception faite du taux de participation plus élevée exigée par le droit fiscal grec pour que l'exonération puisse jouer), étant donné que la taxation au niveau de la filiale grecque est à un taux moindre que celui en vigueur en France pour les sociétés de capitaux (vingt six au lieu de trente trois pour cent –v. supra ; il est à noter que le dispositif

---

2085 N. Barbas, op. cit., p. 294.

grec en cause concerne toute forme de filiale, à défaut en droit fiscal grec de sociétés semi-transparentes comme les sociétés de personnes françaises). Mais le droit grec ne prévoit pas pour le moment un dispositif d'intégration fiscale des filiales contrôlées quasi-exclusivement par la société mère, à la différence du droit français, et de la sorte n'est pas possible la remontée fiscale des pertes à l'intérieur du groupe. Le législateur grec s'est efforcé aussi, comme celui français, de tenir compte des risques résultant des opérations intragroupes internationales visant à l'évasion de matière fiscale vers des pays de moindre imposition et de faire face à ces agissements (art. 39, 39A du Code grec sur l'imposition du revenu de 1994 et désormais art. 50 L4172/2013), ces articles adoptant le principe dit de « marché libre », autrement dit des termes conclus entre entreprises indépendantes, pour les transactions intragroupe ; la sanction des tentatives d'évasion fiscale par conclusion de transactions anormales entre entreprises liées et visant à soustraire artificiellement à une entreprise grecque une part de ses bénéfices au profit d'une entreprise étrangère est la réintégration à son résultat des sommes qu'on s'est efforcé d'y soustraire et l'imposition d'amendes aux entreprises participantes. Il est à noter que le droit fiscal grec, à la différence de celui français, définit le terme d'entreprises liées utilisé dans le cadre de son dispositif de répression de l'évasion fiscale internationale ; en plus, il utilise pour déterminer les entreprises liées auxquelles ce dispositif de sanction est applicable une définition plus large que celle de la loi grecque sur les sociétés anonymes (v. supra) : les entreprises liées sont définies par le droit fiscal grec indépendamment de leur forme juridique comme celles liées par une relation de dépendance ou contrôle substantiels directs ou indirects, notamment sur le fondement de la participation de l'une au capital ou à l'administration de l'autre ou sur le fondement de la participation des mêmes personnes au capital ou à l'administration de plusieurs entreprises, ainsi que celles disposant dans l'une des entreprises liées de tels droits ou de possibilités d'influence ; cette définition est spécifiée par une série de critères quantitatifs créant des présomptions de liens entre entreprises pour l'application de cet article<sup>2086</sup>. Le droit grec a introduit récemment, à l'instar de celui

---

<sup>2086</sup> Selon le par. 2 de l'article 39 sont plus spécifiquement réputées liées les entreprises dont l'une participe à l'autre en possédant directement ou indirectement des actions, parts, participations au capital à hauteur de trente trois pour cent pour ce qui concerne la valeur, le nombre, les droits aux bénéfices ou les droits de vote, celles liées à une autre entreprise possédant dans l'une des entreprises liées les droits du cas précédent, celles qui sont liées à toute autre personne directement ou indirectement avec une relation de contrôle ou dépendance substantiels ou cette personne exerce une influence déterminante ou a la possibilité d'influence déterminante dans la prise des décisions de l'entreprise ou dans le cas où deux personnes ont directement ou indirectement une relation de contrôle ou de dépendance ou d'influence déterminante par un tiers. Ces critères sont essentiellement repris par la définition des personnes liées donnée par l'art. 2 L4172/2013. V. aussi les art. 39 A suiv. du Code sur les obligations des entreprises liées de constituer des dossiers justifiant

français mais d'une façon plus compréhensive, une présomption -non irréfragable- de transfert de bénéfices par le biais de toute sorte de dépenses effectuées par des personnes établies en Grèce au profit de personnes situées à des pays non coopératifs ou à fiscalité privilégiée, sans se préoccuper de l'existence de relations de contrôle ou de dépendance entre les entités impliquées (art. 51 B Code d'imposition du revenu) ; mais il est évident que le dispositif en cause est surtout destiné aux opérations internationales intragroupe. Il n'avait pas pourtant introduit jusque récemment un dispositif de consolidation-punition comme celui du droit français si les filiales d'une société grecque sont situées à un pays à fiscalité privilégiée ; mais les choses ont évolué, car la réforme du droit fiscal grec de 2013 a introduit (art. 66 L4172/2013) un dispositif de consolidation-punition des résultats des entités se trouvant dans des Etats paradisiaques ou non coopératifs contrôlées par des personnes morales ou physiques domiciliées en Grèce (non seulement des sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés, comme c'est le cas en droit français), avec imposition de ces résultats au nom des personnes grecques détenant le contrôle, sans possibilité d'exclusion de la consolidation par preuve du caractère non artificiel de l'implantation à un pays à fiscalité privilégiée, à la différence du dispositif français, il est toutefois vrai avec des conditions pour le reste plus restrictives que celles du droit français<sup>2087</sup>. Comme le droit français, le droit fiscal grec impose des plafonds à la déductibilité des intérêts dus par l'une des sociétés du groupe à une ou plusieurs autres, dans le but de faire face au phénomène de sous-capitalisation des filiales (art. 39 Code d'imposition des revenus, art. 49 L4172/2013, ce dernier article étant en plus de portée générale, indépendamment de l'existence d'une relation de contrôle entre la société et ses créanciers)<sup>2088</sup>.

---

les prix pratiqués dans leurs relations intérieures et les conséquences de la non observation de ces obligations.

<sup>2087</sup> Le droit grec a introduit le même critère quantitatif que le droit français pour la détermination du contrôle des entreprises grecques sur les entités situées à des pays à fiscalité privilégiée, à savoir la possession par une personne fiscalement domiciliée en Grèce, seule ou avec des personnes liées à elles, directement ou indirectement, de la moitié au moins des actions ou des parts ou des droits du capital ou des droits de vote de l'entité « paradisiaque » ou des droits sur la moitié au moins des bénéfices de cette entité. Pourtant, le droit grec exige en plus qu'une série de catégories des recettes de l'entité située à un pays à fiscalité privilégiée constituent au moins les trente pour cent de son revenu net avant impôt et en plus que ces catégories de revenus sont de provenance au moins à leur moitié de transactions avec la personne grecque ou avec des personnes liées à elle ; en plus, l'entité contrôlée ne doit pas être une société dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé. En plus, n'est pas reprise la diminution du seuil quantitative que prévoit le droit français pour la consolidation en cas d'action de concert.

<sup>2088</sup> L'art. 39 par. 3 du Code prévoit que dans le cas de prêts entre entreprises liées au sens de cet article (v. supra) ne sont pas reconnus comme dépenses déductibles les intérêts dus par l'entreprise débitrice si la somme totale des dettes de l'entreprise débitrice à l'égard d'autres entreprises liées à elle dépasse au moins trois fois en moyenne pour un exercice donnée ses capitaux propres. L'art. 49 L4172/2013 prévoit que les intérêts en général ne sont pas reconnus comme

Le droit communautaire joue bien sûr un rôle important dans la fiscalité des groupes de sociétés communautaires, en imposant un régime fiscal unique pour les sociétés liées par une relation mère- filiale et ayant leur siège à de différents Etats de l'Union européenne visant à éviter la double imposition des dividendes distribués, dispositif qui joue bien sûr un rôle important dans la convergence du droit français et du droit grec en la matière (directives 90/435/CE, 2003/123 CE)<sup>2089</sup>.

### **Le groupe de sociétés et le droit des marchés financiers**

Le groupe de sociétés vu comme montage structurel ne pourrait laisser indifférent le droit des marchés financiers, car les groupes de sociétés importants ont la tendance naturelle d'opérer sur le marché boursier. D'ailleurs, le marché financier est un lieu privilégié pour la constitution et le développement des groupes par le biais de la prise de contrôle – notamment avec utilisation des OPA (v. supra) – de sociétés déjà cotées. En plus, ce serait trop facile pour les particuliers sans une telle prise en compte des groupes de sociétés par le législateur de contourner dans plusieurs cas les prescriptions impératives du droit des marchés financiers par le recours au montage structurel du groupe de sociétés, avec plusieurs sociétés sous le contrôle des mêmes personnes agissant parallèlement. Le droit des marchés financiers aussi bien français que grec (le second sous l'influence du droit communautaire) a ainsi tenu compte du phénomène du groupe de sociétés notamment par la prise en compte de la notion de contrôle d'une société, relation qui se trouve par excellence au noyau de la notion de groupe de sociétés ; cette prise en compte a été effectuée surtout dans la détermination de la notion d'action de concert mais aussi dans la détermination de la possession indirecte par une personne de droits dans une société dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé (v. supra Partie I sur l'utilisation de la notion d'action de concert par le droit des marchés financiers et son ordre public). Le droit français pose ainsi des présomptions d'actions de concert dans la prise de participations dans les sociétés cotées entre les sociétés

---

dépenses déductibles du résultat des entreprises si les dépenses nettes à titre d'intérêts (à savoir le surplus des dépenses à ce titre sur les revenus de provenance d'intérêts) excèdent les vingt cinq pour cent des bénéfices imposables avant impôts, intérêts et amortissements (EBITDA). La loi prévoit des exceptions à ce dispositif, qui toutefois ne concernent pas les entreprises faisant partie d'un groupe. Les dépenses pour intérêts non déductibles sont d'autre part selon ce dernier article reportées pour cinq ans. V. aussi l'art. 23 L4172/2013 sur un plafond général de déductibilité du résultat des entreprises des taux d'intérêts de prêts autres que ceux bancaires (n'est pas admise comme déductible la dépense pour le service des taux d'intérêts supérieurs au taux d'intérêts des comptes courants des entreprises non financières tel qu'il résulte du bulletin statistique de la Banque de la Grèce pour la période immédiatement avant la conclusion du prêt, disposition applicable aussi dans le cadre du crédit intragroupe.

2089 V. N. Barbas, op. cit., p. 341 suiv., N. Davrados, op. cit., p. 81.

contrôlées et la société qui les contrôle, ainsi qu'entre les sociétés contrôlées par la ou les mêmes personnes ou entre les actionnaires d'une SAS et les sociétés que celle-ci contrôle (L233-10 II C.com., L433-3 C. mon. fin. –v. supra Partie I sur les conséquences de l'établissement d'une telle action de concert pour ce qui concerne le franchissement des seuils déclenchant les obligations de notification mais aussi le déclenchement éventuel de l'obligation de dépôt d'une offre publique). Il prévoit en plus et indépendamment de l'action de concert que sont assimilées pour le calcul des seuils déclenchant les obligations de notification et éventuellement de dépôt d'une offre publique aux actions qu'une personne possède celles possédées par les sociétés contrôlées par elle (art. L233-9 C. com., L433-3 C. mon. fin.). La notion de contrôle est ici celle définie dans l'art. L233-3 du Code (v. supra) et les présomptions introduites pour l'action de concert des présomptions simples<sup>2090</sup>. Pour le reste, comme nous avons vu dans la Partie I, le droit français des marchés financiers a rendu plus difficile la prise de contrôle d'un groupe entier par le biais d'une offre publique sur la société mère, en obligeant l'offreur à déposer aussi des offres publiques pour les filiales de cette société cotée (v. supra, Partie I). Il est aussi à cette place à rappeler que le Règlement général d'AMF – sur fondement d'habilitation légale- reconnaît expressément la technique des offres publiques jumelées qui est étroitement liée à la réalité du groupe de sociétés (art. 231-10 Règl. gén. AMF). Pour le droit grec, le contrôle d'une personne physique ou morale sur une entreprise est d'abord pris en compte pour le calcul des droits de vote possédés par une personne physique ou morale dans une société dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé dans le cadre de la réglementation des obligations de notification en cas de dépassement de certains seuils ; les droits de vote possédés par l'entreprise contrôlée sont ainsi assimilés aux droits de vote possédés par la personne qui la contrôle pour le calcul du franchissement des seuils critiques, un cas de franchissement conjoint des seuils distinct dans la loi de l'action de concert (art. 10 L3556/2007 –v. supra Partie I sur l'obligation de notification en droit grec des marchés financiers et les seuils prévus par la loi). Le droit des marchés financiers grec introduit aussi une présomption d'action de concert pour les entreprises contrôlées par la même personne physique ou morale pour ce qui concerne le calcul du franchissement des seuils critiques de possession de droits de vote dans une société cotée aboutissant, comme en droit français, à l'imposition aux concertistes de l'obligation de dépôt d'une offre publique, sans référence dans ce cas à une possession indirecte de ces droits par le moyen de l'entreprise contrôlée ; cette présomption semble irréfutable et vaut pour les

---

<sup>2090</sup> M. Cozian-A. Viandier-FI. Deboissy, no 1404, Memento F. Lefebvre sur les groupes de sociétés no 2922.

acquisitions effectuées par plusieurs sociétés contrôlées, mais aussi pour celles faites par les sociétés contrôlées et la personne qui les contrôle (art. 2 L3461/2006 –v. supra Partie I sur l’offre publique obligatoire en droit grec). Mais le droit grec des marchés financiers ne renvoie pas pour la détermination des critères utilisés pour la notion de contrôle dans le cadre de sa réglementation de l’action de concert et des obligations de transparence à la définition des entreprises liées de la loi sur les sociétés anonymes ; pourtant, les critères qu’il utilise pour définir le contrôle convergent avec les critères utilisés par le droit grec des sociétés anonymes pour l’établissement de la relation société mère société filiale (v. supra)<sup>2091</sup>. Ainsi, selon la loi sur les offres publiques obligatoires est réputée avoir le contrôle d’une entreprise la personne physique ou morale qui dispose soit de la majorité des droits de vote dans cette entreprise, soit du droit de nommer et de révoquer les organes de direction de cette entreprise, si cette personne est associé ou actionnaire de l’entreprise contrôlée, soit du contrôle de la majorité des droits de vote sur le fondement d’un accord avec d’autres associés ou actionnaires, toujours si elle est elle-même associé ou actionnaire de l’entreprise contrôlée (art. 2 L3461/2006). La loi réglementant les obligations de notification reprend ces trois critères pour déterminer la notion d’entreprise contrôlée et assimiler les droits de vote possédés par celle-ci dans une société cotée aux droits de vote possédés directement par la personne qui a le contrôle dans cette entreprise, mais il y ajoute un quatrième critère, celui de la possibilité d’exercice ou l’exercice effectif par une personne physique ou morale d’une influence déterminante ou du contrôle dans une entreprise, sans exiger la qualité d’actionnaire ou associé de la personne en cause dans l’entreprise contrôlée par elle (art. 3 L3556/2007 – ce quatrième critère est inclusif, mais il présente le défaut évident de définir l’entreprise contrôlée par un cercle vicieux conceptuel, en renvoyant à la notion de contrôle, sans autre précision). Nous voyons de la sorte que, malgré l’harmonisation imposée par le droit communautaire, les deux droits sous comparaison utilisent des définitions différentes de la notion de contrôle dans une société ou entreprise dans le cadre de leur réglementation des marchés financiers et dans le but notamment de tenir compte du montage structurel de groupe de sociétés et de ses utilisations pour la prise de participations dans les sociétés cotées, le droit grec utilisant même des définitions différentes du contrôle dans sa réglementation des obligations de notification et dans celle des offres publiques obligatoires ; cette particularité du droit grec ne semble pas justifiée, étant donné que les dispositions sur les franchissements des seuils ont une relation étroite avec le dispositif d’ordre public sur les offres publiques obligatoires,

---

<sup>2091</sup> D. Avgitidis, *ibid.* Le texte de la loi sur les offres publiques renvoie pour cette définition à l’art. 8 du décret présidentiel 51/1992, pour le reste aujourd’hui abrogé.

comme l'obligation de dépôt d'une offre publique est engendrée exactement avec le franchissement de certains seuils.

### **Le groupe de sociétés et le droit de la concurrence**

Le groupe de sociétés comme "montage structurel" a attiré bien sûr l'attention du droit de la concurrence et de son ordre public économique de type nouveau (Partie I). Comme nous avons vu dans la Partie I, le droit de la concurrence avec son réalisme tend à appréhender la réalité économique de l'entreprise unique derrière la multiplicité de ses formes juridiques à l'intérieur du groupe. Nous avons aussi vu que le droit de la concurrence, d'inspiration économique ou plutôt de certaines conceptions influentes sur l'économie, tend à acquérir un caractère transnational, en formant ainsi un champ où il y a convergence entre le droit français et le droit grec. Il est d'autre part vrai que l'application du droit de la concurrence semble beaucoup plus dynamique et effective en France qu'en Grèce. Le droit communautaire de la concurrence peut trouver bien sûr lui aussi application en matière de groupe de sociétés puissants au niveau communautaire (v. supra). La constitution du groupe de sociétés par la prise de contrôle d'autres entreprises peut d'abord faire dans les deux droits sous comparaison l'objet de la procédure du contrôle des concentrations prévue par les deux droits sous comparaison, le phénomène des concentrations mais aussi leur contrôle par le droit de la concurrence ayant par ailleurs une relation historique et actuelle très étroite avec le développement des groupes de sociétés (v. supra, Partie I, sur les organes, les modalités et les sanctions de ce contrôle en droit français et en droit grec)<sup>2092</sup>. Pour le reste, le droit de la concurrence aussi bien en France qu'en Grèce tend à exclure du champ conceptuel des ententes les accords entre une société mère et ses filiales, si ces dernières ne disposent pas d'autonomie réelle dans la détermination de leur politique et qu'il s'agit essentiellement d'une entreprise unique. Cet aspect du « réalisme » du droit de la concurrence est bien sûr favorable pour les groupes de sociétés. Pourtant, si les filiales disposent de leur liberté commerciale, une entente avec la société mère est concevable aussi bien en droit français qu'en droit grec de la concurrence<sup>2093</sup>. Est aussi concevable le cas de concertation illicite entre les sociétés d'un

---

2092 P. Le Cannu - B. Dondero, nos 1519 suiv., Memento F. Lefebvre, nos 1700 suiv., L. Kotsiris « Droit de la concurrence » et plus généralement sur la relation entre le droit de la concurrence et le groupe de sociétés M. Varela, op. cit., p. 147 suiv.

2093 Memento F. Lefebvre, no 1818, 1819 et pour le droit grec N. Davrados, op. cit. p. 83. Pour un cas de figure dans lequel la Commission grecque de la concurrence a exclu la possibilité d'une entente illicite, v. sa décision 29/1985, citée par K. Rigas, op. cit., p. 173-174. La Commission a réputée que condition nécessaire pour l'existence d'une entente illicite est l'autonomie économique des entreprises y participant, l'indépendance juridique de ces entreprises n'étant pas suffisante et elle a jugé qu'une telle autonomie économique n'existait pas dans le cas de deux sociétés ayant des



même groupe, p. ex. en déposant plusieurs offres pour faire croire au maître de l'ouvrage qu'il y a entre elles une concurrence effective<sup>2094</sup>. D'autre part, du comportement de plusieurs sociétés du groupe contraire aux prescriptions du droit de la concurrence peut résulter aussi bien en droit français qu'en droit grec un abus de position dominante - imputable à l'entreprise unique que constitue le groupe, autrement dit à l'ensemble des sociétés le constituant ou au moins à la société dans laquelle siège le centre réel de pouvoir<sup>2095</sup>. Pour ce qui concerne la filiale commune, cette dernière peut matérialiser soit une entente illicite – mais une telle entente ne se présume pas-, soit un procédé de concentration contrôlable selon les prescriptions du droit de la concurrence ; la création d'une entreprise commune est constitutive de concentration pour les deux droits sous comparaison avec le même critère, à savoir si cette entreprise accomplit d'une façon durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome (L430-1 I, II C. com., 5 par. 5 L3959/2011)<sup>2096</sup>.

## **§2. La prise en compte du montage structurel du groupe de sociétés par la jurisprudence et la doctrine françaises et grecques**

L'examen de la prise en compte du montage structurel du groupe de sociétés par la jurisprudence et la doctrine en France et en Grèce, peut être abordé sous trois angles, à savoir celui de l'émergence d'une notion d'intérêt du groupe de sociétés dans sa relation avec l'intérêt de chaque société du groupe (A), sous celui plus particulier de la protection des minoritaires de chaque société du groupe (B), et finalement sous l'angle de la protection des créanciers des sociétés membres du groupe de sociétés (C).

---

administrateurs communs, exprimant des intérêts communs à pourcentage de 80 pour cent et étant sous contrôle commun, le partage entre elles des branches de production et de distribution ne constituaient pas ainsi une entente prohibée, car elles formaient une entreprise unique. Selon M. K. Rigas il s'agit d'une levée de la personnalité morale de ces sociétés, fondée sur une interprétation téléologique de la disposition prohibant les ententes.

2094 Memento F. Lefebvre, no 1820.

2095 M. Varela op. cit. p. 150.

2096 Memento F. Lefebvre, no 1702, 1847 suiv., V. Vathis, op. cit., p. 180 suiv. Sur la filiale commune comme procédé de concentration v. V. Vathis, op. cit., p. 177 suiv.

## **A/L'émergence d'une notion d'intérêt du groupe de sociétés lui-même**

### **Généralités**

Le montage structurel du groupe de sociétés, entité caractérisée par l'unité du pouvoir et de direction exprimée par une pluralité de formes juridiques, a posé le problème de la reconnaissance d'un intérêt propre à l'ensemble du groupe, intérêt éventuellement supérieur à celui de chaque société membre de ce dernier. Un tel point de vue pourrait paraître légitime, car l'entreprise, conçue comme organisation juridico-économique, est exprimée essentiellement par le groupe dans son ensemble, malgré la fragmentation de ses formes juridiques. D'ailleurs, une intervention de la direction du groupe dans la vie d'une filiale contraire aux intérêts immédiats de cette dernière peut servir ses intérêts à long terme, en garantissant la pérennité du groupe dont dépend la survie de la filiale<sup>2097</sup>. D'autre part, les minoritaires et les créanciers sociaux ont envisagé surtout la société avec laquelle ils ont contracté ou à laquelle ils participent et leur intérêts seront sûrement lésés si l'on reconnaît le sacrifice éventuel des intérêts de chaque société du groupe – et notamment des filiales – aux intérêts du groupe pris dans son ensemble et encore davantage aux intérêts du centre de direction du groupe. Le traitement des filiales par la direction du groupe comme simples pions pouvant être sacrifiés a d'ailleurs souvent des incidences économiques et sociales négatives et provoque des réactions justifiées, notamment s'il s'agit de groupes multinationaux et de filiales nationaux qui seraient viables si la direction du groupe n'avait pas pris la décision de les sacrifier. Les dangers de vampirisme financier entre les sociétés du même groupe ne sont pas d'ailleurs irréalistes<sup>2098</sup>. D'où le besoin de maintenir un équilibre difficile dans les solutions données en matière d'intérêt du groupe de sociétés et de sa relation avec l'intérêt des sociétés du groupe. Cela d'autant plus que la notion d'intérêt du groupe est difficile à définir : l'intérêt du groupe serait-il l'intérêt de l'entreprise exprimée juridiquement sous une pluralité de sociétés, la conjugaison des intérêts de l'ensemble de ces sociétés ou une notion plus synthétique et fuyante, une projection vers le futur, selon l'expression d'auteurs français<sup>2099</sup> ?

### **L'intérêt du groupe en France**

La jurisprudence française a eu l'occasion de dégager la notion d'intérêt du groupe de sociétés dans des affaires où des dirigeants sociaux étaient accusés d'abus de biens

---

<sup>2097</sup> P. Le Cannu-B. Dondero, no 1548.

<sup>2098</sup> V. M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy, no 1489.

<sup>2099</sup> Ainsi P. Le Cannu-B. Dondero, no 1550, et ibid sur les difficultés conceptuelles de la notion de groupe.

sociaux, autrement dit dans le cadre de procès pénaux<sup>2100</sup>. Comme nous avons vu dans la Partie I de notre étude, l'art. 242-6 C.com. punit d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375.000 euros le fait pour le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme de faire de mauvaise foi des biens ou du crédit de la société un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement (ainsi aussi L241-3 C.com. pour les SARL). Si les conventions intragroupe, y compris celle financières, sont en principe licites sur le fondement du principe de la liberté contractuelle, certains types déséquilibrés de telles conventions peuvent poser la question d'un abus de biens sociaux, notamment pour les dirigeants des sociétés filiales, sans être exclue la possibilité d'un tel risque pour les dirigeants de la société dominante<sup>2101</sup>. Le sacrifice de l'intérêt d'une des sociétés du groupe à l'intérêt du groupe pris dans son ensemble pourrait ainsi satisfaire les exigences de cet article et fonder la responsabilité pénale des dirigeants de cette société, ces derniers étant réputés avoir des intérêts indirects dans les autres sociétés du groupe, pour les dirigeants des filiales compte tenu de leur dépendance à l'égard de la direction unique du groupe, mais aussi pouvant être réputés agissant de mauvaise foi, en connaissant qu'ils coopèrent au sacrifice des intérêts de la société qu'ils dirigent<sup>2102</sup>. Pourtant, les juges français tendent à considérer que l'atteinte à l'intérêt social d'une société du groupe peut être légitimée par l'intérêt du groupe pris dans son ensemble, avec exonération des dirigeants de la société membre du groupe impliqués, pourvu que certaines conditions soient remplies. Ainsi, selon les termes de la Chambre criminelle de la Cour de cassation dans le fameux arrêt Rozenblum, pour qu'une telle exonération ait lieu, le concours apporté par les dirigeants d'une société du groupe à une autre société du même groupe « doit être dicté par l'intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble de ce groupe ; il ne doit ni être démuné de contreparties ou rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées, ni excéder les possibilités financières de celles qui en supportent la charge »<sup>2103</sup>. Cette jurisprudence exige ainsi pour relever la poursuite de

---

2100 M. Cozian-A. Viandier - Fl. Deboissy, nos 1489-1490, P. Le Cannu -B. Dondero, nos 1548 suiv., 1576.

<sup>2101</sup> Sur la licéité de principe des conventions intragroupe de nature financière sur le fondement de la liberté contractuelle v. P. Le Cannu-B. Dondero, no 1559. Sur le dépassement des problèmes posés jadis par le monopole bancaire v. art. L511-7 C. mon. fin., M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy, no 1488. Sur le danger de qualification d'abus de biens sociaux résultant pour les dirigeants des opérations intragroupe, notamment celles financières, v. *ibid*, no 1576.

2102 M. Cozian – A. Viandier – Fl. Deboissy, no 1489.

2103 C. cass Ch. Crim. 4 février 1985, JCP 1986, II, no 20585, note W. Jeandidier, Rev. sociétés 1985, p. 649, note B. Bouloc. V. aussi dans le même sens les arrêts de la même juridiction

l'intérêt du groupe comme fait exonérateur l'existence du groupe comme unité de pouvoir et d'une politique appliquée dans l'activité du groupe, conditions de l'existence d'un intérêt du groupe (chose qui exclut de l'exonération le cas de groupes simples conglomérats, comme c'était le cas avec le groupe Rozenblum), la poursuite réelle de cet intérêt par les actions des dirigeants de la société contraire à l'intérêt de cette dernière (et non la poursuite de leur intérêt personnel ou du seul intérêt de la société dominante), mais aussi le maintien d'un certain équilibre entre l'intérêt du groupe et l'intérêt de chaque société membre. Si ces conditions ne sont pas remplies, la responsabilité pénale des dirigeants de la société membre du groupe est engagée. Il s'agit généralement d'une politique jurisprudentielle assez favorable à l'égard du groupe de sociétés, qui diminue le risque pénal pour les dirigeants des sociétés de ce dernier. Pourtant, l'intérêt du groupe ne peut pas être invoqué pour exonérer un dirigeant de sa responsabilité pénale pour banqueroute en cas d'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires (L654-1 suiv. C. com.) ou plus généralement l'exonérer d'autres infractions pénales<sup>2104</sup>. L'intérêt du groupe pris dans son ensemble est une question qui se pose aussi dans la jurisprudence fiscale française, car cette notion peut aussi être avancée pour exclure l'établissement de la construction jurisprudentielle de l'acte anormal de gestion au niveau de l'une des sociétés du groupe avec ses conséquences fiscales défavorables (v. supra Partie I), notamment dans les cas d'abandons de créances d'une société du groupe sur l'autre. Néanmoins, en matière d'abandon de créances la jurisprudence française semble divisée pour ce qui concerne l'admission de l'intérêt du groupe comme excluant l'acte anormal de gestion : si les juges administratifs du fond se sont montrés favorables à l'exclusion de l'acte anormal de gestion en cas d'abandons de créances justifiés par l'intérêt du groupe, le Conseil d'Etat refuse de reconnaître une priorité de l'intérêt du groupe sur l'intérêt social et qualifie de tels abandons comme actes anormaux de gestion de la société qui les a effectués<sup>2105</sup>. Pour ce qui concerne la jurisprudence commerciale et notamment celle de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, il ne semble pas pour le moment qu'il y ait une reconnaissance explicite de

---

du 13 février 1989, Bull. crim., no 69, 18 janvier 1993, Dr. sociétés 1993, p. 15, obs. H. Le Nabasque, 24 sept. 2008, Dr. sociétés 2008, comment. no 258, note R. Salomon, 17 février 2009, Dr. sociétés 2009, comment. no 82, note R. Salomon.

<sup>2104</sup> Ch. crim. C. cass. 27 avril 2000, Bul. Joly soc. 2000 p. 1062, M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy, no 1490, P. Le Cannu-B. Dondero, no 1576.

<sup>2105</sup> Sur l'acte anormal de gestion et le groupe de sociétés v. P. Le Cannu- B. Dondero, nos 1580-1581. Sur la fiscalité des aides intragroupe et plus particulièrement les abandons de créances v. M. Cozian « Précis... », nos 764 suiv. Sur la jurisprudence du Conseil d'Etat en la matière v. CE 28 Juill. 1982, Dr. fisc. 1983, comm. 382, concl. Rivière, 10 mars 2006, Dr. fisc. 2006, comm.444, concl. Séners. V. pourtant CE 1 mars 2004, Dr. fisc. 2004, comm. 669, concl. Goulard, admettant l'abandon de créances sur une filiale en difficulté ou sur un partenaire commercial qui doit rester en vie.

l'intérêt du groupe et des conclusions pratiques tirées de cette reconnaissance pour ce qui concerne le droit des sociétés stricto sensu (v. pourtant infra sur la conception restrictive de la fictivité et de la confusion de patrimoines entre les sociétés du même groupe par la jurisprudence de la Chambre commerciale dans le cadre de l'application du droit des procédures collectives, conception qu'on pourrait dire qu'elle se fonde sur une prise en compte implicite de l'intérêt du groupe) ; des auteurs avisés croient d'ailleurs que le droit des sociétés suit le principe de l' « égoïsme sacré » pour ce qui concerne des atteintes à l'intérêt social même dans le cadre du groupe de sociétés<sup>2106</sup>. Il est toutefois à noter que le législateur français du droit des sociétés a fait en 2001 une mention expresse à la notion d'intérêt du groupe, comme critère de l'appréciation par les juges de la demande par les minoritaires d'une expertise de gestion des sociétés contrôlées par leur société (L225-231 C.com.) ; mais cette reconnaissance de l'intérêt du groupe est évidemment très ponctuel pour résoudre les problèmes posés par les relations entre intérêt du groupe et intérêt social et en plus la disposition en compte n'est pas exempte de problèmes d'interprétation<sup>2107</sup>.

### **L'intérêt du groupe en Grèce**

En Grèce, à défaut comme en France de disposition légale expresse, la notion d'intérêt du groupe a d'abord été abordée par la doctrine<sup>2108</sup>. Ainsi, selon le Pr. N. Rokas, la norme dégagée par la Cour de cassation française dans l'arrêt Rosenblum quant à l'intérêt du groupe de sociétés et sa relation avec l'intérêt de chaque société membre du groupe pourrait trouver application aussi en droit grec<sup>2109</sup>. En plus, pour une partie de la doctrine grecque la reconnaissance d'un intérêt du groupe de sociétés commun aux sociétés le formant pourrait trouver indirectement un fondement dans les articles 23a et 17 § 1 L2190/1920 concernant les conventions réglementées et l'autocontrôle et tenant compte de la réalité du groupe de sociétés comme unité d'intérêts (v. ci-dessus), mais aussi dans la loi 3016/2002 imposant les principes de la gouvernance d'entreprises aux sociétés cotées (v. Partie I), et plus particulièrement l'obligation de tout administrateur de révéler tout conflit d'intérêts non seulement avec sa société mais aussi avec les entreprises liées avec elle (art. 3 par. 6 L3016/2002)<sup>2110</sup>. Sont d'ailleurs invoqués comme arguments pour une telle reconnaissance l'existence d'une direction unique au sein du groupe poursuivant normalement un intérêt unique et l'élargissement de la notion de l'intérêt social avec

---

<sup>2106</sup> M. Cozian « Précis... », no 774.

<sup>2107</sup> V. P. Le Cannu-B. Dondero, no 1551.

<sup>2108</sup> N. Rokas, p. 582-583, M. Varela, op. cit., p. 171 suiv.

<sup>2109</sup> N. Rokas, p. 583.

<sup>2110</sup> M. Varela, op. cit., p. 171-172.

l'intégration des sociétés membres du groupe à l'entreprise unique organisée au niveau du groupe<sup>2111</sup>. La doctrine grecque distingue toutefois, en suivant sur ce point la doctrine allemande, l'intérêt du groupe dans son ensemble de l'intérêt de la société mère ou dominante, une distinction qui résulte aussi logiquement des considérations de la jurisprudence Rozenblum exigeant que l'atteinte à l'intérêt social d'une société membre serve une politique cohérente au niveau du groupe<sup>2112</sup>. L'intérêt du groupe est plus particulièrement identifié selon ce point de vue dans la doctrine grecque avec l'intérêt de l'ensemble des sociétés formant le groupe conçu comme l'intérêt de l'entreprise exprimée par le groupe de sociétés<sup>2113</sup>. Des interventions du groupe contraires à l'intérêt de chaque société membre justifiées par l'intérêt du groupe ainsi conçu sont de la sorte réputées par un courant dans la doctrine acceptables non seulement pour ce qui concerne les transactions intragroupe, mais aussi plus généralement pour ce qui concerne la fixation de la politique de la filiale à des termes contraires à l'intérêt immédiat de cette dernière, pourvu que l'intervention n'excède pas les capacités financières de la filiale et ne mette pas en cause la survie de cette dernière et que la structure et le fonctionnement du groupe offrent à cette société une contrepartie, p. ex. sa survie par le biais du maintien de la structure du groupe ; par contre, ne sont pas acceptées des interventions de la société dominante allant à l'encontre de l'intérêt de la filiale si elles mettent en danger sa survie<sup>2114</sup>. Nous croyons pourtant que l'on devrait restreindre ces considérations, au sens que des renvois imprécis à la survie de la filiale par le maintien du groupe dans son ensemble ne pourraient pas permettre des atteintes à l'intérêt de la filiale, la direction du groupe ayant dans ce cas la charge de prouver la nécessité de la mesure pour le maintien du groupe et la survie de la filiale. Ces solutions de la doctrine grecque ressemblent en tout cas à celles données en matière d'intérêt du groupe par la jurisprudence pénale française, mais elles sont plutôt influencées par les débats sur ce sujet en Allemagne et elles sont d'une portée plus générale, en concernant aussi le cœur du droit des sociétés, non seulement l'exonération des dirigeants de leur responsabilité pénale. D'autre part, à défaut peut-être en droit grec d'une disposition du droit pénal des sociétés similaire à celle du droit français pénalisant l'abus de biens sociaux, avec toute son importance en France pour la protection pénale de l'intérêt social par rapport aux dispositions du droit pénal commun, et d'une construction

---

2111 M. Varela, op. cit., p. 172 suiv.

2112 M. Varela, op. cit., p. 185.

2113 M. Varela, *ibid.*

2114 M. Varela, p. 187 suiv. Contra N. Davrados, op. cit. p. 64, refusant d'accepter la reconnaissance d'un intérêt du groupe supérieur aux intérêts de chaque société le formant, une telle distinction ne trouvant pas selon l'auteur fondement aux dispositions du droit grec des sociétés, tout en acceptant toutefois l'existence de cet intérêt dans les faits, dans les cas de filiales absolument dominées.

analogue à celle de l'acte anormal de gestion, la jurisprudence grecque n'a pas eu pour le moment de nombreuses occasions pour dégager une notion d'intérêt du groupe de sociétés. Des arrêts relativement récents de juges du fond tranchant des litiges relevant du droit des sociétés, sans aller jusqu'à une reconnaissance expresse d'un intérêt du groupe auquel serait sous conditions et limites subordonné l'intérêt de chaque société du groupe, admettent toutefois des cas de subordination des intérêts immédiats des membres du groupe aux décisions de la direction du groupe pris dans son ensemble. Ainsi, selon un arrêt des juges du fond, approuvé par une partie de la doctrine grecque, statuant sur une demande des minoritaires de contrôle de gestion de la société selon l'art. 40 par. 1, 2 L2190/1920 en cas d'invocation par les minoritaires d'actes de gestion du conseil d'administration par le biais desquels il est probable qu'il y ait violation de la loi ou des statuts ou des décisions de l'assemblée (v. supra, Partie I), l'existence du groupe de sociétés et l'intégration d'une société à ce dernier comme filiale justifient en principe l'exercice d'une influence de la société mère sur la prise de décisions par le conseil d'administration de la société filiale dans le cadre d'une politique commune au niveau du groupe à laquelle la filiale est en principe subordonnée, même si les mesures imposées (baisse de tarifs pour les services offerts par la filiale, selon les minoritaires surtout au profit d'une autre filiale du groupe, mais aussi inscription aux livres de la filiale de factures d'une autre société filiale du même groupe) sont dommageables pour la filiale ; la réalité du groupe de sociétés amène ainsi à un infléchissement pour les sociétés filiales du principe d'ordre public du droit grec des sociétés anonymes d'autonomie du conseil d'administration face aux actionnaires. Mais cette reconnaissance de la licéité de principe de l'intervention de la société mère à la direction de la filiale et de la subordination de cette dernière à la politique du groupe semble laisser trop de liberté à la direction du groupe, car c'est cette dernière qui devrait avoir la charge de la preuve de l'existence d'une telle politique, de la poursuite par les mesures prises au niveau de la filiale de cette politique et de la garantie des intérêts de la filiale, tandis que la reconnaissance de la possibilité de la société mère de faire inscrire aux livres de sa filiale des factures d'une autre société du groupe nous paraît contestable, comme renvoyant plutôt à un transfert arbitraire de ressources à l'intérieur du groupe. Le même arrêt a justifié la prise par le conseil d'administration de la filiale sous l'influence de la société mère de mesures de politique dommageables pour sa société (notamment la baisse de tarifs pour les services offerts au-dessous du coût) ayant abouti à l'effondrement des capitaux propres de la filiale, non pas sur le fondement d'une invocation directe de l'intérêt du groupe, mais sur le fondement de l'intérêt à long terme de la filiale elle-même de survivre dans un environnement de concurrence accrue. Le tribunal a rejeté de la sorte la demande des

minoritaires, en jugeant que la probabilité exigée par la loi pour le déclenchement du contrôle d'actes contraires à la loi, aux statuts ou aux décisions n'existait pas<sup>2115</sup>. Un autre arrêt des juges du fond grecs a accepté la communauté d'intérêts existant entre les différentes sociétés du même groupe<sup>2116</sup>.

## **B. La protection plus particulièrement des associés minoritaires au sein du groupe**

La question de la protection des minoritaires notamment des sociétés filiales face aux agissements de la direction du groupe se trouve bien sûr étroitement liée à celle de la relation entre intérêt social et intérêt du groupe (v. d'ailleurs supra sur des litiges cette relation et engendrés par les minoritaires), mais elle constitue d'autre part une approche du même sujet sous un angle différent, de sorte qu'un développement séparé est justifié.

### **Les solutions du droit français**

La protection des minoritaires dans une société membre du groupe contre les agissements de la direction de ce dernier portant atteinte à l'intérêt de cette société est d'abord obtenue en droit français par le mécanisme de l'abus de majorité (v. supra, Partie I, sur la notion et les sanctions en droit français). L'abus de majorité offre l'avantage qu'il peut aboutir à la prononciation de la nullité de la décision prise par les majoritaires, avec comme effet l'anéantissement juridique de cette décision<sup>2117</sup>. Les conditions de l'abus de majorité sont, comme nous avons vu ci-dessus, l'adoption d'une décision par les majoritaires contraire à l'intérêt social, dans l'unique dessein de favoriser leurs propres intérêts au détriment des autres actionnaires. Pourtant, dans le cadre du groupe de sociétés, on pourrait penser que l'équilibre établi par la jurisprudence pénale entre intérêt social et intérêt du groupe doit être pris en compte dans l'appréciation de l'abus. On devrait ainsi reconnaître que dans les cas dans lesquels il y a une poursuite légitime des intérêts du groupe, même par un sacrifice relatif des intérêts d'une société particulière membre du groupe, selon les critères établis par la jurisprudence Rozenblum, l'abus de majorité est exclu. Par contre, dans les autres cas d'atteinte de l'intérêt social dans le dessein unique de favoriser les majoritaires du groupe au détriment des minoritaires, l'abus de majorité pourrait être retenu.

---

2115 V. en ce sens Mon. Prot.(TI) du Pirée 5826/2006, DEE 2007, p. 452 suiv., obs. M. Varela.

2116 Mon. Prot. (TI) Athènes 2019/2006, cité par M. Varela, observations précitées.

2117 M. Cozian - A. Viandier Fl. Deboissy, no 1432, Memento F. Lefebvre sur le groupe de sociétés, nos 2975 suiv.



Pourtant, il ne semble pas exister pour le moment des arrêts en ce sens et la doctrine française soutient, comme nous avons vu ci-dessus, que pour ce qui concerne les atteintes à l'intérêt social d'une société membre d'un groupe le droit des sociétés est empreinte d'un principe d' « égoïsme sacré »<sup>2118</sup>. En tout cas, des arrêts des juges français ont annulé pour abus de majorité des décisions des organes de sociétés appartenant à des groupes de sociétés, notamment dans des cas de prise en charge de la totalité du passif de la filiale à l'encontre de l'intérêt de la société mère et dans le seul but d'exonérer de sa responsabilité le gérant de la filiale qui faisait partie du groupe majoritaire de la société mère ou de conventions dites d' « assistance » ou de « groupe » conclues entre la société mère et sa filiale sans contrepartie réelle pour cette dernière<sup>2119</sup>. On ne doit pas toutefois oublier que l'abus de majorité est réputée l'exception même dans le cadre des opérations au sein de groupes de sociétés, la jurisprudence étant exigeante quant à la réunion de ses conditions, comme on a constaté à l'occasion d'un montage de filialisation des actifs d'une SA par apport partiel d'actif au profit d'une société commandite par actions, montage dénoncé par les minoritaires comme constituant abus de majorité<sup>2120</sup>. L'essentiel de ce montage était l'apport à une commandite par actions créée ad hoc du fonds de commerce et de la participation de la société (Giesler SA) dans sa filiale d'exploitation, avec les majoritaires de la société Giesler assumant le rôle des gérants commandités et de leur société celui de commanditaire dans la commandite. De la sorte, la société Giesler a cessé d'avoir une activité d'entreprise et son chiffre d'affaires s'est effondré, comme d'ailleurs s'est effondré le cours de ses actions, car la commandite s'interposait désormais entre celle-ci et la société d'exploitation ne procédait pas à distribution de bénéfices ; ses majoritaires bénéficiaient d'autre part de rémunérations importantes au titre de leur qualité de gérants de la filiale commandite. La décision de la CA Versailles qui a finalement après une longue bataille juridique jugé l'affaire sur renvoi de la Cour de cassation a toutefois estimé que la position des minoritaires n'a pas été aggravée par ce montage, car les majoritaires disposaient déjà d'un large contrôle sur la société Giesler et sa filiale d'exploitation, les droits d'information, de contrôle et de critique des minoritaires n'ont pas été affectés par le montage et ces derniers

---

<sup>2118</sup> V. ainsi M. Cozian « Précis... », no 774.

<sup>2119</sup> V. pour le premier cas Ch. com. C. cass. 29 mai 1972, Bull. civ. IV, no 164 et pour le second l'arrêt précité du 21 janvier 1997 de la même juridiction. Plus généralement pour des cas dans lesquels l'abus de majorité a été retenu ou refusé dans le cadre de groupe de sociétés Memento F. Lefebvre sur le groupe de sociétés, no 2972.

<sup>2120</sup> Sur le saga judiciaire de l'affaire Champagnes Giesler ayant abouti au rejet de l'abus de majorité -CA Versailles, 20 juin 2006, Bull. Joly 2006, p. 1424 note P. Le Cannu, sur renvoi de Ch. Com. C. cass. 30 novembre 2004, Bull. Joly société 2005, p. 241, note P. Le Cannu- v. M. Cozian -A. Viandier -Fl. Deboissy, no 1432, avec description du montage en cause. Sur la difficulté de la mise en œuvre des dispositifs du droit commun d'abus de droit et de fraude dans le cadre des groupes de sociétés v. P. Le Cannu-B. Dondero, no 1584.

n'ont pas prouvé un dommage résultant du montage et plus spécialement qu'ils ont été empêchés de céder leurs actions à un prix ne prenant pas en compte l'interposition de la commandite par actions. Il est en tout cas à noter que, en dehors de la prononciation de la nullité de la décision, l'abus de majorité ouvre la voie aux minoritaires de demander à la majorité des dommages- intérêts pour le dommage personnel qu'ils ont subi, autrement dit, dans le cadre du groupe de sociétés, d'atteindre la société-mère ou du moins la filiale qui participe comme majoritaire à la sous-filiale victime de l'abus<sup>2121</sup>. Dans une affaire retentissante à son époque, la jurisprudence française a aussi procédé à la nomination d'un administrateur provisoire à la demande des minoritaires d'une filiale française d'une société américaine, dans un contexte d'une décision des dirigeants la filiale l'amenant à la catastrophe et prise par la direction du groupe pour des raisons exclusivement politiques<sup>2122</sup>. Les minoritaires peuvent d'ailleurs se tourner contre les dirigeants de la filiale ayant agi à l'encontre des intérêts de celle-ci obéissant aux instructions de la société mère sur le fondement des dispositions sur la responsabilité des dirigeants sociaux pour faute de gestion, en exerçant l'action sociale ut singuli visant à reconstituer l'actif social et de la sorte se protéger indirectement eux-mêmes, possibilité intéressante si la société mère ou des personnes appartenant au groupe majoritaire de la société mère ont assumé des postes de direction dans la filiale (v. supra, Partie I)<sup>2123</sup>.

### **Les solutions du droit grec**

La doctrine grecque n'aborde pas le problème d'un comportement des majoritaires du groupe à l'encontre des intérêts des minoritaires tellement sur le fondement des vices de la décision ainsi prise et de son anéantissement, mais plutôt comme une question de responsabilité de la société-mère majoritaire<sup>2124</sup>. Toutefois, la possibilité de l'anéantissement d'une décision en assemblée des majoritaires d'une filiale prise exclusivement dans leur propre intérêt, au détriment de l'intérêt social et de celui des minoritaires n'est pas bien sûr exclue, sur le fondement de la disposition générale du droit grec sur la prohibition de l'abus de droit (281 AK –v. supra, Partie I). La voie en anéantissement de cette décision est naturellement ouverte aux minoritaires, comme en droit français ; pourtant, comme nous avons vu dans la Partie I, la réforme du droit grec de 2007 a beaucoup diminué le rôle de l'abus de majorité comme vice des délibérations des assemblées des AE, en le rendant

---

2121 Memento F. Lefebvre, no 2977.

2122 V. ainsi l'arrêt précité de CA Paris, 22 mai 1965, dans la fameuse à son époque affaire Fruehauf..

2123 V. sur l'ensemble de ce sujet Memento F. Lefebvre, nos 2300 suiv., spéc. 2316 suiv., 3014 suiv.

2124 V. sur cet aspect du sujet N. Rokas, p. 585-587, M. Varela, p. 249 suiv.

seulement cause d'annulabilité de la décision (v. supra Partie I sur le sens du terme et ses différences avec le régime de nullité des délibérations de l'assemblée). D'autre part, la reconnaissance d'une notion d'intérêt du groupe dégagée par la doctrine grecque et pouvant prendre le pas dans certaines limites sur l'intérêt de la société membre du groupe (v. supra) devrait éventuellement être prise en compte pour une exclusion du concours d'un abus de droit par les majoritaires, s'il y a une poursuite légitime des intérêts du groupe. La doctrine grecque envisage ainsi surtout la protection des minoritaires face aux agissements de la direction du groupe sous l'angle de la responsabilité civile, et plus particulièrement de la responsabilité de la société-mère à l'égard de sa filiale. Il s'agit de la sorte d'une protection indirecte des minoritaires, passant pas la reconstitution de l'actif social de la filiale. Plusieurs fondements juridiques sont proposées pour fonder la responsabilité de la société-mère à l'égard de sa filiale : abus de droit de l'art. 281 AK, violation de l'obligation de loyauté générale de l'associé de l'art. 747 AK (article directement applicable dans les sociétés de personnes, mais pouvant être appliqué par analogie dans les sociétés de capitaux, la doctrine tendant à reconnaître une telle obligation à la charge de l'actionnaire dominante d'une AE), qualité de la société mère comme dirigeant de fait de la filiale, responsabilité délictuelle de la société mère selon les articles 914, 919 AK<sup>2125</sup>. En tout cas, toujours selon la doctrine, la responsabilité de la société mère suppose un dommage de la filiale provoqué par des actes de ses dirigeants suivant les instructions de la société mère, un dommage qui n'a pas été compensé d'une autre voie, la responsabilité de la société mère étant d'autant plus grande que l'est le degré de sa domination sur la filiale<sup>2126</sup>. Ce point de vue semble exclure plus généralement le droit d'indemnisation de la filiale si les mesures dommageables pour cette dernière demeurent dans le cadre des atteintes justifiées par l'intérêt du groupe (v. supra sur les conditions et les limites reçues par la doctrine pour de telles atteintes à l'intérêt immédiat de la filiale mais aussi sur nos réserves pour ce qui concerne l'invocation de la survie de la filiale par le maintien du groupe comme fondement suffisant pour justifier des atteintes à l'intérêt de la filiale)<sup>2127</sup>. La doctrine accepte en plus la possibilité pour les minoritaires de provoquer la nomination en justice d'un administrateur spécial, selon l'art. 69 AK (disposition commune pour les personnes morales de droit privé grecques et ayant comme condition l'existence d'un conflit d'intérêts entre la personne morale et ses

---

2125 V. Antonopoulos, p. 640-642, N. Rokas, p. 586, M. Varela, p. 249 suiv. (sur la société mère comme dirigeant de fait de la filiale), 260 suiv. (sur la relation entre la qualité de la société comme dirigeant de fait et de responsabilité selon les dispositions de droit commun sur la faute), 280 suiv. (sur l'obligation de loyauté de la société mère comme actionnaire dominant), plus particulièrement 298 suiv. sur l'obligation de loyauté de la société mère plus lointaine), N. Davrados, op. cit., p. 61-62.

2126 N. Rokas, op. cit., p. 586.

2127 V. M. Varela, observations précitées sous Mon. Prot. (TI) du Pirée 5826/2006.

administrateurs), qui va exercer l'action contre la société mère au nom de la filiale<sup>2128</sup>. La doctrine accepte aussi que sur les mêmes fondements les minoritaires peuvent se tourner contre la société mère pour le dommage qu'ils ont personnellement subi ; pourtant, il doit s'agir dans ce cas d'un dommage direct de l'associé ou actionnaire, distinct du dommage indirect que ce dernier a subi comme conséquence du dommage de la société<sup>2129</sup>. Une partie de la doctrine accepte en plus une possibilité de levée « amicale » de la personnalité morale de la filiale au profit de ses associés ou actionnaires, afin que ces derniers puissent se tourner contre la société mère pour le dommage indirect qu'ils ont subi, si les conditions de l'abus de personnalité morale sont réunies (v. sur ces conditions supra Partie I)<sup>2130</sup>. En tout cas, la jurisprudence grecque en matière de dommages des minoritaires de filiales à cause de décisions de la direction du groupe est rare, à la différence de celle française, et l'établissement de conclusions définitives en la matière est aujourd'hui plutôt difficile<sup>2131</sup>.

### **C. La question de la responsabilité de la société mère pour les dettes de sa filiale**

#### **Comment se pose la question en droit français**

Comme nous avons vu ci-dessus, à défaut de dispositions expresses de la loi, la jurisprudence et la doctrine françaises refusent d'admettre une responsabilité de principe des sociétés mères des groupes de sociétés pour les dettes de leurs filiales ayant la forme de sociétés à risques limités<sup>2132</sup>. Une telle filiale constituée sous forme de société à risques limités est ainsi en principe seule responsable pour ses dettes, la société mère et les autres sociétés du groupe restant à l'abri des poursuites des créanciers de cette filiale<sup>2133</sup>. Cette solution paraît conséquente avec les conceptions fondamentales traditionnelles du droit des sociétés et offre une sécurité juridique et reconnaissance à la construction du "montage

---

2128 N. Rokas, p. 586, 587.

2129 V. sur cet aspect N. Rokas p. 587, M. Varela, op. cit., p. 270 suiv. La jurisprudence et la doctrine dominantes grecques refusent traditionnellement d'admettre une action des actionnaires ou associés pour restituer leur dommage indirect, subi par le biais de la diminution du patrimoine social. Selon le Pr. N. Rokas, l'action de l'actionnaire pour le dommage qu'il a personnellement mais indirectement subi peut être un *ultimum refugium*, dans le cas où le dommage de la filiale n'a pas été réparé.

2130 M. Varela, op. cit., p. 272 suiv., spéc. p. 276 suiv. Mais les critères de l'abus de personnalité morale doivent concourir dans la relation mère-filiale.

2131 V. M. Varela, p. 297 sur la possibilité d'utilisation des méthodes et conclusions utilisées par la jurisprudence allemande en matière d'obligation de loyauté de l'actionnaire dominant.

2132 V. M. Cozian -A. Viandier -F. Deboissy, no 1503.

2133 P. Didier, t. 2, p. 567. V. aussi plus généralement sur les conséquences de l'autonomie de personnalité morale des différentes sociétés du groupe pour ce qui concerne la non responsabilité de principe de l'une pour les actes de l'autre M. Cozian-A. Viandier-F. Deboissy, no 1503.

structurel” des groupes de sociétés, avec reconnaissance de l'autonomie juridique de chaque société du groupe, bien qu'elle méconnaisse l'unité de direction et souvent d'entreprise au sein de ce dernier. Il est d'autre part sûr que cette solution de principe aboutit dans plusieurs cas à des résultats inacceptables et doit être par conséquent écartée dans ces cas, avec comme résultat concomitant la reconnaissance dans les cas en cause de l'unité de l'entité se cachant derrière la pluralité de formes juridiques et la responsabilité de la société mère pour les dettes de sa filiale. Les techniques du droit commun des sociétés visant à sanctionner des situations pathologiques vont ainsi être appliquées à la relation mère-filiale ou de sociétés sœurs dans le but de percer l'écran artificiel de la personnalité morale de telles sociétés. C'est ainsi d'abord en droit français le cas pour les filiales ou sociétés sœurs constituant des sociétés fictives, cette fictivité étant le plus souvent aussi teintée de fraude (v. supra, Partie I pour ces notions en droit français et notamment sur le rôle de la fictivité dans le cadre d'une procédure collective comme fondement d'extension de la procédure)<sup>2134</sup>. Mais pour la jurisprudence française la dépendance ou même l'assujettissement d'une filiale à l'égard de sa société mère, conséquence de l'unicité de direction et d'entreprise exprimées le plus souvent par les groupes de sociétés, ne sont pas en eux-mêmes réputés des éléments suffisants pour établir la fictivité de la première ; de la sorte, le recours à la notion de fictivité pour contrôler la régularité des sociétés du groupe ne peut pas aboutir à la mise en cause du principe même de la possibilité de l'organisation de l'entreprise sous la forme juridique de groupe de sociétés. La jurisprudence française refuse ainsi plus généralement de considérer que seule l'unicité de l'entreprise exprimée juridiquement par plusieurs sociétés ayant une relation de mère –filiale ou de sociétés sœurs suffise en elle-même pour la qualification de fictives de toutes ou de certaines de ces sociétés, même si la pluralité de formes juridiques n'est due qu'à un effort de segmentation des risques, une bienveillance jurisprudentielle appliquée aussi à l'égard de groupes de sociétés assez douteux, comme ceux constituées pour l'exploitation de navires par recours à des sociétés sœurs à navire unique off-shore<sup>2135</sup>. Il faut ainsi dans chaque cas que les

---

<sup>2134</sup> Sur la fictivité dans le cadre des groupes de sociétés v. A. Martin-Serf « Sociétés fictives et frauduleuses », article précité, nos 32 suiv., Memento F. Lefebvre sur les groupes de sociétés, nos 55 suiv., 4316.

<sup>2135</sup> V. sur le refus de la jurisprudence française de considérer que l'unicité d'entreprise et de direction exprimée juridiquement par plusieurs sociétés suffisent pour établir la fictivité de certaines de ces sociétés v. p. ex. C. cass. Ch. Com. 15 déc. 1992, Rev. proc. Coll. 1993, p. 266, obs. J-M Calendini, 19 mars 1996, RTD com. 1996, p. 686, obs. Cl. Champaud- D. Danet, 14 oct. 1997, Bull. Joly 1998, p. 56, obs. J-J Daigre. Pour des décisions ayant par contre accepté le critère d'unicité d'entreprise pour fonder la fictivité d'une société appartenant à un groupe, la pluralité de personnes morales étant réputée un montage de segmentation artificielle des risques v. C. cass. Ch. Com. 28 nov. 1989, Rev. soc. 1990, p. 240, entérinant CA Aix 19 févr. 1988 (l'affaire concernait une société panaméenne propriétaire de navire jugée comme façade de la société grecque se présentant comme

éléments essentiels des notions de sociétés fictives, tels qu'établis par la jurisprudence et la doctrine (v. supra, Partie I sur ces critères et les difficultés et incertitudes importantes et les débats dans la doctrine française qu'ils soulèvent) soient réunis, la question de l'application de ces critères dans le cadre du groupe de sociétés, caractérisé par définition par l'unité d'entreprise et de direction dans une pluralité de formes juridiques, n'étant pas d'une réponse facile ; la jurisprudence française a ainsi plutôt une conception restrictive sur la fictivité de sociétés appartenant à un groupe, sur le fondement de la spécificité du groupe de sociétés<sup>2136</sup>. Les juges du fond, en insistant sur la notion classique de fictivité (absence ab initio d'affectio societatis-v. Partie I), ont par exemple refusé de retenir la fictivité de la filiale dans la fameuse affaire *Metaleurop*, dans laquelle l'ensemble des risques et désavantages d'une exploitation avaient été concentrés à une filiale productive dépourvue selon les demandeurs de toute autonomie décisionnelle, qui finalement a été abandonnée par sa

---

sa gérante, la cour ayant retenu pour établir la fictivité de la société panaméenne l'identité d'adresse, de références commerciales, des personnes des administrateurs et de la propriété des capitaux des sociétés en cause), CA Aix 18 nov. 1993, Bull. Joly 1994, p. 645, obs C. Kessedjian, arrêt toutefois cassé par la suite par C. cass. Ch. Com. 19 mars 1996, précité. Dans cette dernière affaire qui a posé des questions importantes, des navires appartenaient à des *single-ship companies* panaméennes, qui à leur tour étaient contrôlées et gérées par une société suisse. Les créanciers libanais de l'une de ces sociétés panaméennes ont à la suite du naufrage de son navire unique imposé pour garantir leurs créances une saisie conservatoire en France sur le navire appartenant à une autre de ces sociétés, en invoquant que les sociétés en cause constituaient des sociétés de façade couvrant une entité unique. La société débitrice a transigé sur le fond du litige avec les créanciers à la suite de la saisie du navire de sa société sœur, mais cette dernière leur a intenté un procès en dommages-intérêts pour saisie abusive de son navire. La CA d'Aix a donné raison aux créanciers ayant imposé la saisie, en relevant que des statuts des sociétés panaméennes il était impossible d'établir l'identité de leurs actionnaires, que les sociétés en cause étaient gérées par la même société suisse selon des termes qui ne leur laissaient aucune autonomie, qu'il y avait identité de la personne qui se présentait comme président de la société panaméenne propriétaire du navire saisi et comme représentant de la société de gestion suisse et que la société débitrice avait finalement transigé à la suite de la saisie sur le navire de sa société sœur, la transaction bénéficiant aussi à cette dernière ; elle a ainsi apprécié qu'il résultait de toutes ces indices que les sociétés panaméennes en cause étaient fictives, leur seule raison d'être étant de dissimuler l'existence d'une entreprise unique exercée par la société suisse, la pluralité de personnes morales ne correspondant ainsi qu'à une tentative de segmentation artificielle – étant entendu frauduleuse – des risques. Il est à noter que la cour a préalablement essentiellement écarté l'application du droit panaméen normalement applicable aux structures en cause, sur le fondement de l'artificialité de la constitution de sociétés au Panama et le manque de transparence quant à l'identité des actionnaires permis par la législation de ce dernier. L'arrêt a provoqué une réaction dans la doctrine, certains auteurs y voyant une atteinte aux principes du droit des sociétés à risques limités ainsi que l'introduction d'un facteur d'insécurité dans l'image des ports français (v. la note critique précitée de C. Kessedjian, notamment sur les aspects de droit international privé de sociétés et de droit international et français de saisie de navires apparentés, et J.-Ph. Dom, thèse précitée, no ). La Cour de cassation a accepté le pourvoi, en considérant que seule l'impossibilité d'établir par les statuts l'identité des détenteurs du capital d'une société ne suffit pas pour établir sa fictivité, comme d'ailleurs ne pouvait pas établir cette fictivité –et encore moins la fraude- la seule segmentation des risques du même patrimoine industriel ou commercial par le moyen de sa scission en plusieurs sociétés à risques limités, même si ces sociétés ont des objets semblables.

<sup>2136</sup> Sur ces difficultés v. B. Rolland, note sous CA Douais 2 oct. 2003 (arrêt avant dire droit sur l'affaire *Metaleurop* mais procédant à une analyse de la notion de fictivité au sein d'un groupe de sociétés), PA 28 janvier 2005, p. 13.

société mère pour être mise en liquidation ; les juges du fond ont en plus jugé pour fonder l'absence de fictivité ainsi conçue dans cette affaire célèbre que les restrictions dans l'autonomie de direction de la filiale ne dépassaient pas ce qui est raisonnable au sein d'un groupe de sociétés, en soulignant ainsi la spécificité de la notion de fictivité des sociétés au sein de ce dernier<sup>2137</sup>. Pourtant, dans d'autres cas de figure la fictivité de la filiale a été retenue, notamment si cette dernière était constituée avec des personnes ayant fait des apports minimes et participant à la société mère ou dépendantes de celle-ci, étant en fait des prête-noms dépourvus d'affectio societatis<sup>2138</sup>. Il est à noter que le progrès en droit français de la reconnaissance de sociétés constituées ab initio comme unipersonnelles (EURL, SASU), autrement dit de types sociaux ouvertement dépourvus de tout caractère contractuel, permet aux sociétés têtes de groupes de constituer des filiales à cent pour cent et d'échapper ainsi aux risques de qualification d'une filiale comme fictive, du moins selon la conception traditionnelle de fictivité, liée à la conception contractualiste de la société et la pluralité d'associés animés d'affectio societatis<sup>2139</sup>. Il est aussi à rappeler que selon la jurisprudence française la filiale jugée fictive est nulle au sens du droit de sociétés (avec des effets ex tunc) et non inexistante, dans le souci de la sécurité des transactions et de protection des tiers de bonne foi s'étant fiés à l'apparence de la société fictive, mais que l'action en déclaration de simulation permet d'atteindre la réalité derrière l'apparence de la

---

<sup>2137</sup> CA Douais 16 déc. 2004, Bull. Joly 2005, p. 687. Le même arrêt a néanmoins retenu l'existence d'une confusion de patrimoines entre les deux sociétés, pour être pourtant cassé par la suite par la Cour de cassation- v. ci-dessous. Pourtant, selon le Pr. Martin-Serf – op. cit. no 33 – « les tribunaux, pour déterminer si une société dépendant d'une autre personne morale a juridiquement une réalité, ne se placent plus sur les conditions de validité du contrat de société, mais plutôt sur celui de la personnalité juridique », l'auteur acceptant ainsi la possibilité d'une filiale normalement constituée mais devenue fictive après sa constitution, comme résultat de l'« absorption » de sa personnalité juridique par sa société mère.

<sup>2138</sup> V. p. ex. ainsi C. cass. Ch. Com. 22 juin 1999, Dr. soc. 1999, comm. 143, obs. Th. Bonneau, Bull. Joly soc. 1999, p. 978, note. A. Couret, JCP E 2000, p. 418, note M. Menjuq (fictivité pour défaut d'affectio societatis d'une société chypriote propriétaire de navire constituée par une société russe actionnaire à 99,99 pour 100 dans le but de permettre la constitution d'une hypothèque maritime sur le navire apporté au profit de la banque finançant sa construction, une sûreté inconnue à l'époque au droit russe ; pour établir la fictivité malgré l'inexistence de confusion de patrimoines, les juges ont retenu le caractère de prête-nom de l'actionnaire ultra-minoritaire, qui était employé d'un avocat chypriote, l'absence de structure permettant à la société de fonctionner et que le but unique de sa création était de permettre la constitution de la sûreté mentionnée ci-dessus ; sur les problèmes de droit international privé concernant la compétence du droit français pour la prononciation de la fictivité d'entités de droit étranger v. la note précitée sous CA Aix 18 nov. 1993 de C. Kessedjian), CA Toulouse 18 oct. 1995, Bull. Joly 1996, p. 384. Mais l'identité de dirigeants n'est pas seule suffisante pour établir la fictivité de la filiale ou de la société sœur, s'il n'y a pas de confusion de patrimoines et les sociétés en cause mènent une vie distincte –v. ainsi p.ex. C. cass. Ch. Com. 2 déc. 1997, Bull. Joly 1998, p. 472, note J.-J. Daigre, A. Martin-Serf, op. cit., no 35.

<sup>2139</sup> V. sur les filiales unipersonnelles et la fictivité A. Martin-Serf, op. cit. no 34.

société fictive<sup>2140</sup>. Dans le cadre d'une procédure collective contre une société, le tribunal peut d'ailleurs étendre la procédure à la société mère de cette société ou/et à ses sociétés sœurs, outre le cas de fictivité, sur le fondement de la confusion de patrimoines (L621-2 C.com. v. supra), si les conditions de cette dernière sont réunies (v. supra Partie I – sur la relation difficile des notions de fictivité et de confusion de patrimoines comme fondement pour l'extension de la procédure collective, la confusion de patrimoines étant réputée une notion distincte de la fictivité, bien qu'elle puisse aussi être un indice de fictivité)<sup>2141</sup>. Il est toutefois à noter que la jurisprudence commerciale est exigeante quant à la réunion des conditions de la confusion de patrimoines entre société mère et société filiale<sup>2142</sup> ; ainsi, à titre d'exemple, dans la même affaire *Metaleurop* la Chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé que l'existence de conventions de trésorerie, de gestion de change et d'avances de fonds entre société mère et société filiale ainsi que l'emploi de salariés de la société mère par la filiale ne suffisaient pas pour établir au sein d'un groupe de sociétés la confusion de patrimoines pour existence de relations financières anormales, le

---

<sup>2140</sup> V. sur la sanction de la société filiale fictive par la nullité au sens du droit des sociétés v. l'arrêt précité de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 22 juin 1999 : validité de l'hypothèque maritime donnée sur son navire par la société chypriote jugée fictive, filiale à 99,99 pour cent d'une société russe avant déclaration de sa fictivité, la société fictive étant nulle sans rétroactivité et non inexistante, avec reconnaissance du privilège du créancier hypothécaire sur les créanciers chirographaires de la société russe participant au partage du produit de l'adjudication du navire saisi en France, l'arrêt relevant qu'en absence de fraude non établie par la cour d'appel la fictivité n'était pas opposable à ce créancier hypothécaire. Mais selon les faits admis par les juges du fond le créancier hypothécaire était une banque allemande qui avait financé la construction du navire en cause par la société russe, le montage de l'apport du navire à la société fictive chypriote qui apparaissait comme co-emprunteur du financement de construction servant essentiellement les intérêts de cette banque, car il avait comme seul but de permettre la constitution sur ce navire au profit de la banque de la sûreté d'hypothèque maritime non reconnue par le droit russe ; il nous semble de la sorte que la banque allemande ne pourrait pas ignorer le caractère fictif de la société chypriote, et était de mauvaise foi quant à cette fictivité. Cette dernière lui serait par conséquent, croyons-nous, opposable, car la nullité de la société est inopposable selon l'art. 1844-16 C. civ. par la société et les associés (et a fortiori par les tiers invoquant la fictivité) seulement aux tiers ayant intérêt à invoquer l'apparence de la société fictive qui étaient de bonne foi, l'établissement de la participation de tiers invoquant cette apparence à une fraude aux droits de créanciers du maître de l'affaire ne semblant pas nécessaire pour l'opposabilité à eux de la fictivité (v. plus généralement sur les conflits d'intérêts entre tiers invoquant la fictivité d'une société et tiers invoquant l'apparence créée par la société fictive A. Martin-Serf, op. cit., nos 91, 92). D'autre part, bien que la prononciation de la fictivité de la société chypriote ait été du point de vue juridico-politique de bon sens, comme il l'était, nous semble-t-il, l'acceptation de l'opposabilité de cette fictivité à la banque par les juges du fond, malgré le fondement problématique retenu de l'inexistence de la société fictive pour prononcer cette opposabilité, il est à noter que les juges français ont appliqué le droit français sur la nullité des sociétés à une société de droit étranger, sans exprimer les raisons imposant d'écarter l'application du droit chypriote et d'appliquer le droit français à cette structure (comp. avec CA Aix 18 nov. 1993, précité, offrant de telles raisons pour réputer comme fictive selon le droit français une société panaméenne, arrêt caché par la suite sur le fondement d'une interprétation étroite de la fictivité pour le droit français).

<sup>2141</sup> Sur la confusion de patrimoines v. Memento F. Lefebvre sur les groupes de sociétés nos 4317, 4370 suiv., M. Cozian - A. Viandier - Fl. Deboissy, no 1507 suiv. v. ibid no 1510 sur l'action en insuffisance de l'actif contre la société mère comme dirigeant de fait de la filiale (2651-2 C. com.).

<sup>2142</sup> V. en ce sens P. Le Cannu-B. Dondero, no 1567.



commentateur de l'arrêt soulignant que l'intégration des filiales inhérente au groupe de sociétés aboutit de la sorte à une appréciation très restrictive de la théorie de la confusion des patrimoines au sein du groupe<sup>2143</sup>. En plus, l'identité des dirigeants, des associés, des sièges sociaux, l'existence de services communs ou de moyens communs, la permanence des flux financiers, la coordination des politiques, l'absence de réaction face au défaut de paiement aux échéances convenues et même, selon un arrêt, la prise en charge des déficits de l'une par l'autre, ne suffisent pas selon la jurisprudence française pour établir la confusion de patrimoines entre les sociétés d'un même groupe<sup>2144</sup>. Il demeure pourtant que la confusion est établie en cas d'imbrication de comptes entre les sociétés du même groupe ou si les transactions entre elles sont manifestement déséquilibrés au profit de l'une de celles-ci et au détriment de l'autre constituent un détournement des ressources de la seconde<sup>2145</sup>. Indépendamment de la question de l'extension de la procédure, la société mère peut être jugée responsable pour l'insuffisance de l'actif de sa filiale en procédure collective et condamnée au comblement du passif, si elle a été dirigeante de droit ou de fait de la filiale et a été coupable de fautes ayant contribué à l'insuffisance d'actif (art. L651-3 C.com.). La jurisprudence française a aussi admis la possibilité de considérer comme réciproques des créances et dettes de la même personne sur ou à l'égard de plusieurs sociétés du groupe et reconnu par conséquent la compensation d'une créance de cette personne sur une société du groupe avec sa dette à l'égard d'une autre société du groupe, si l'organisation de l'entreprise en groupe de sociétés et la segmentation des risques en découlant sont purement artificielles et couvrent une entité unique ou s'il y a confusion de patrimoines entre sociétés du groupe et sous la condition que les créances et dettes en cause sont connexes, leur connexité pouvant résulter, outre de la conclusion d'un contrat-cadre entre les différentes parties, de la formation par les différents contrats entre les parties d'un ensemble contractuel constituant le cadre de leurs relations d'affaires<sup>2146</sup>. Au-delà des questions relatives à l'extension de la procédure sur le fondement de fictivité ou de confusion de patrimoine, la société mère peut se trouver selon la jurisprudence française engagée pour les dettes de sa filiale selon la théorie de l'apparence, si elle a créé au cocontractant de la filiale la conviction légitime qu'elle s'engage elle-même, ou alternativement selon le critère de

---

<sup>2143</sup> Ch. Com C. cass. 19 avril 2005, Bull. Joly 2005, p. 690, note C. Saint-Alary- Houin et sur renvoi CA Paris 11 octobre 2005, Bull. Joly soc. 2006, p. 478, note P. Scholer.

<sup>2144</sup> C. cass. Ch. com. 7 janv. 1981, Bull. civ. IV no 16, 20 oct. 1992, RJDA 1/1993 no 59, 11 mai 1993, RJDA 11/1993, no 948, 27 oct. 1998, RJDA 1/1999, no 42, 15 févr. 2000, RJDA 6/2000, no 681).

<sup>2145</sup> C. cass. Ch. com. 24 oct. 1995, RJDA 2/1996, no 266, 1 oct. 1997, RJDA 12/1997, no 1497, 24 nov. 1998, RJDA 1/1999, no 62., 7 déc. 1999, RJDA 4/2000, no 442, 4 juillet 2000, RJDA 1/2001, no 36, 15 févr. 2005, RJDA 6/2005, no 726.

<sup>2146</sup> Ch. com. C. cass. 9 mai 1995, RTD com. 1996, p. 66, obs. Cl. Champaud –D. Danet.

l'immixtion de la société mère ou des autres sociétés du groupe dans les relations de la filiale avec le créancier ; la différence entre ces deux théories semble être d'une part que l'apparence suppose – du moins selon un courant d'auteurs- une faute de la personne qui l'a créée, tandis que l'immixtion est plus objective, d'autre part que l'apparence se réfère au moment de la conclusion du contrat et consiste à la création d'une erreur légitime à l'autre sur la personne du cocontractant ou sur l'engagement de la société mère aussi pour les dettes de sa filiale, alors que l'immixtion peut survenir ex post, dans la phase de l'exécution du contrat (intervention des dirigeants ou du personnel de la société mère dans l'exécution ou reprise totale des activités de la filiale par la société mère), l'immixtion peut se fonder sur la prise en compte d'éléments internes de la relation mère-filiale, p. ex. l'existence de flux importants de trésorerie entre société mère et filiale qui ne vont pas pourtant jusqu'à une confusion de patrimoines<sup>2147</sup>. En plus, la jurisprudence sociale française, tout en ne reconnaissant pas le groupe lui-même comme employeur, reconnaît à la société mère la qualité de co-employeur du personnel embauché par la filiale, si la société mère écarte l'autonomie de sa filiale pour s'immiscer directement dans la gestion de l'entreprise exploitée par cette dernière<sup>2148</sup>. La question de la limitation de responsabilité des sociétés mères du

---

2147 V. ainsi p. ex. pour des cas dans lesquels la jurisprudence française a examiné la question de la responsabilité de la société mère sur la théorie de l'apparence ou sur celle de l'immixtion pour les dettes de sa filiale Ch. com. C. cass. 5 févr. 1991, Bull. Joly soc. 1991, p. 391, note Ph. Delebecque, 3 mars 1997, Rev. soc. 1997, p.554, note P. Didier, 3e Ch.civ. C. cass. 13 déc. 2006, RJDA 4/2007, no 363, Ch. com. C. cass 26 févr. 2008, Bull. Joly 2008, p. 602, note Ch. Hannoun. V. aussi sur les critères utilisés pour la création de cette apparence et de la conviction légitime du cocontractant M. Cozian - A. Viandier - Fl. Deboissy, nos 1504-1505, 1527, A. Martin-Serf, op. cit., no 36, approchant l'apparence d'entité unique créée par le groupe –intentionnellement ou non - aux tiers comme fondement utilisé par les juges pour dénier toute existence distincte à la filiale. Les juges français ont retenu l'immixtion dans des cas d'une intervention des autres sociétés du groupe et de leurs dirigeants dans l'exécution du contrat d'une filiale (v. les arrêts précités de la Chambre commerciale du 3 mars 1997 et du 26 févr. 2008) ; le premier de ces arrêts prend en compte l'identité de locaux de téléphone, de logo des différentes sociétés du groupe et la minimisation de leur part de leur désignations propres pour fonder une absence d'autonomie de la filiale, critère distinct mais concourant avec celui de l'immixtion pour atteindre la société mère, ces deux critères se ramenant en plus essentiellement à un selon le commentateur de l'arrêt, le Pr. P. Didier ; le second de ces arrêts prend en compte cette identité de sièges et de téléphones entre les sociétés du groupe ainsi que celle de président et d'adresse Internet pour fonder en concours avec l'intervention de la société mère dans l'exécution du contrat de sa filiale, l'existence de flux financiers importants entre société mère et filiale et finalement la reprise par la société mère des activités de la filiale l'immixtion de la première dans les affaires de la seconde et la responsabilité de la mère pour les dettes de la filiale. D'autre part, la participation des représentants de la société mère dans les négociations pour la conclusion d'un bail commercial, la signature par elle du contrat du bail et le choix par elle de l'architecte qui a aménagé les locaux ne suffisent pas pour établir sa responsabilité pour les loyers dues par la filiale locatrice, parce que la filiale s'est substituée au dernier moment valablement avec le consentement du bailleur au contrat du bail, et de la sorte il n'y avait pas conviction légitime du bailleur sur un engagement de la société mère (v. ainsi l'arrêt précité du 13 déc. 2006 de la Chambre commerciale, M. Cozian-A. Viandier- Fl. Deboissy, no 1527).

2148 V. ainsi Ch. soc. C. cass., 28 septembre 2011, Bull Joly société 2012, p. 59 (arrêt concernant lui aussi un aspect de l'affaire Metaleurop). La qualité de la société mère comme co-

groupe pour les dettes de leurs filiales (jusqu'au montant de leurs apports) trouve toute son acuité dans le cadre d'atteintes graves à l'environnement par le biais de filiales manifestement insolvables face aux dettes nées de ces atteintes, filiales constituées le plus souvent dans de souci unique de segmentation des risques de la société mère. L'insuffisance des remèdes jurisprudentiels face à ces problèmes a provoqué finalement une intervention du législateur français concernant la responsabilité de la société mère pour la remise en l'état du ou des sites exploités par une société filiale au sens de l'art. L233-3 C. com. (v. supra), si la filiale est en liquidation judiciaire et la société mère a commis une faute caractérisée ayant contribué à l'insuffisance de l'actif de la filiale (art. L512-17 du Code d'environnement dans sa rédaction après 2010)<sup>2149</sup>. Plus généralement, selon un auteur français, non satisfaite des solutions actuelles de la jurisprudence française, on devrait de lege ferenda reconnaître plus généralement une responsabilité objective (responsabilité-risque) d'ordre public de la société mère pour l'inexécution des obligations de ses filiales, fondée sur la dépendance des secondes sur la première, dès lors que la filiale ne dispose d'aucune autonomie face à la société mère, sauf force majeure ; ce serait en fait une pleine reconnaissance du phénomène d'unicité du pouvoir au sein du groupe de sociétés, conséquente en plus avec la conception de lien entre risque et pouvoir qui fonde traditionnellement le droit de sociétés, un lien qui est souvent troublé dans le cadre du groupe de sociétés avec la multiplication artificielle de structures sociétaires à risques limités<sup>2150</sup>. Il est aussi à noter que la responsabilité de la société mère pour les dettes de sa filiale peut bien sûr résulter d'un engagement contractuel de la première à l'égard du tiers ayant contracté avec la filiale, comme c'est souvent le cas dans la pratique ; mais les limites entre le simple engagement moral et l'engagement juridique ne sont pas toujours très claires et un contentieux abondant existe en la matière en France<sup>2151</sup>.

### **Comment se pose la question en droit grec**

La doctrine et la jurisprudence grecques, à défaut, comme en droit français, de dispositions expresses, partagent aujourd'hui la même solution de principe avec la

---

employeur des salariés de sa filiale est selon la jurisprudence caractérisée dans le cas de confusion d'intérêts, d'activités et de direction entre la société mère et sa filiale, se manifestant notamment dans le cadre de l'affaire précitée par l'immixtion de la société mère dans la gestion du personnel de sa filiale. V. aussi la note sur cet arrêt de M. J. Couard, PA, 3 février 2012, p. 5, avec des considérations intéressantes sur les implications de cette jurisprudence en matière de droit de l'entreprise. V. plus généralement sur la question du co-emploi le manuel de droit du travail de

<sup>2149</sup> M. Cozian - A. Viandier - FI. Deboissy, no 1506.

<sup>2150</sup> V. C. Del Conte « Propriété économique, dépendance et responsabilité », L'Harmattan, 1997, p. 301 suiv.

<sup>2151</sup> V. M. Cozian - A. Viandier - FI. Deboissy, no 1529 sur les problèmes pouvant faire leur apparition en matière de « lettres d'intention ».

jurisprudence française quant à la responsabilité de la société mère pour les dettes de sa filiale et plus généralement des sociétés membres d'un groupe pour les dettes de l'une d'elles ; elles donnent ainsi à la question de l'existence d'une telle responsabilité une réponse de principe négative si les filiales sont des sociétés à risques limités, sur le fondement de la séparation et de l'autonomie des personnalités morales des sociétés du groupe<sup>2152</sup>. Selon cette solution, l'unicité de direction au niveau de groupe de sociétés et l'unicité de l'entreprise exprimée par plusieurs sociétés ne suffisent pas en elles-mêmes pour infléchir le principe de limitation de responsabilité des associés de sociétés à risques limités jusqu'au montant de leurs apports. Comme en droit français, il s'agit d'une solution favorable au « montage structurel » du groupe de sociétés, qui peut de la sorte obtenir les

---

2152 V. N. Rokas, manuel précité, p. 586, remarquant que « .. seul le fait de la liaison n'est pas constitutif de responsabilité de la société dominante (même si du point de vue des cocontractants et des créanciers le groupe constitue une unité). La version contraire aboutirait à l'effondrement d'institutions fondamentales sur lesquelles l'économie contemporaine est fondée, comme le principe de l'autonomie des personnes morales et le principe de limitation de responsabilité des actionnaires ou associés des sociétés de capitaux. ». V. ainsi Areios Pagos 650/1982, EED 1982, p. 648 (le travail du salarié pour la société mère n'est pas pris en compte pour le calcul du temps de travail de ce même salarié pour la société filiale comme base pour ses droits d'indemnisation à cause de son licenciement si la filiale n'a pas succédé à sa société mère dans l'exploitation de l'entreprise dans laquelle le salarié travaillait), 222/1993, DEN 1993, p. 776 (le salarié a une relation de contrat de travail avec et les actions en résultant seulement à l'égard de la société du groupe qui l'a embauché, même si dans le cadre de son contrat de travail il offre aussi ses services à une autre société du groupe), Eph. (CA) Athènes 7552/1983, El. D/ni 1985, p. 55, obs. K. Koutourissis (les sociétés sœurs, caractérisées par identité des personnes des actionnaires et de certains administrateurs, ne sont pas responsables l'une pour les dettes de l'autre), Eph. (CA) Thessalonique 1006/2003 (seule l'existence d'entreprises liées sur le fondement de la participation d'une société dans le capital d'une autre ou de contrôle ou de dépendance d'une société par une autre n'est pas suffisante pour la levée de la personnalité morale d'une société, l'utilisation des avantages offertes par l'autonomie de la personnalité morale et la segmentation des risques en résultant étant reconnues par le droit comme moyen de développement économique et de promotion des activités des particuliers), Mon. Prot. (TI) Athènes 444/1992, DEN 1993, p. 1056, obs. critiques V. Frangouloupoulos (le contrat de travail entre salariés et société filiale suivi par le "prêt" de ces salariés à la société mère ne se mue pas en contrat de travail avec cette dernière, la filiale étant toujours titulaire du droit de résilier le contrat de travail). V. pourtant Areios Pagos 1753/2002, Armenopoulos 2004, p. 379, obs. critiques I. Markou, cet arrêt acceptant que la participation de la société mère à sa filiale à un pourcentage atteignant les 100 pour cent rend la société filiale partie de la société mère, de sorte que la volonté de la société mère devienne la volonté de la filiale (l'affaire jugée concernait la responsabilité d'une société grecque filiale à peu près à 100 pour 100 d'une société allemande sous-louant un bail commercial pour résiliation de ce dernier en invoquant sa volonté d'usage de l'immeuble par elle-même, un usage par elle-même qui pourtant n'a pas eu lieu, à la suite de la décision de la société mère allemande de céder sur le plan international toutes les activités telles qu'exercées par sa filiale grecque à un autre groupe ; sur le fondement mentionné ci-dessus d'identification entre les deux sociétés, Areios Pagos a jugé que cette décision de la société mère ne pouvait pas exonérer la filiale de sa faute et de la responsabilité prévue par la loi grecque du bailleur qui a invoqué l'usage personnel de l'immeuble pour expulser son locataire titulaire d'un bail commercial si cet usage personnel n'a pas lieu). Bien que critiqué par la doctrine et fondé sur un raisonnement problématique d'identification entre sociétés mère et filiale, l'arrêt nous paraît de bon sens quant à sa solution, car la cessation de l'activité de la filiale grecque et la cession de son entreprise à une autre société était juridiquement le fait de ses organes et par conséquent imputable à elle-même ; ce ne serait pas non plus raisonnable d'accepter que les instructions de l'actionnaire dominant d'une société pourraient constituer un fait exonératoire de la responsabilité de la société dominée à l'égard des tiers en ayant subi un dommage.

avantages recherchés par ses promoteurs (unicité de l'entreprise et du pouvoir exprimée par une pluralité de formes juridiques permettant la segmentation des risques de l'entreprise). Cette solution de principe vaut, comme pour la jurisprudence française, même dans le cas de sociétés membres d'un groupe constituées dans le but unique de segmentation des risques, comme c'est le cas avec les « single ship companies » tellement utilisées par les armateurs grecs. Dans le cas de ces sociétés, ce qui intéresse n'est pas d'atteindre la société mère derrière les filiales, car les groupes des single-ship companies n'ont pas une structure mères-filiales, mais d'atteindre le maître de l'affaire unique derrière les plusieurs sociétés du groupe (il s'agit ainsi typiquement d'entreprises individuelles masquées sous la forme de sociétés de capitaux, mais aussi le plus souvent de sociétés ayant leur siège réel en Grèce tout en se présentant comme des sociétés relevant de droits étrangers, surtout « paradisiaques » - v. supra dans le Titre I de cette Partie sur les sociétés maritimes grecques avec ces caractéristiques et leur traitement par le droit grec sous ces angles des sociétés essentiellement individuelles et des sociétés pseudo-étrangères). Ces sociétés même sont réputées juridiquement autonomes et seules responsables en principe (si elles ont la forme juridique de sociétés à risques limités, comme c'est toujours le cas) pour leurs dettes, leur caractère comme single-ship companies exprimant juridiquement une même entreprise n'étant pas seul suffisant pour la levée de leur personnalité morale. La jurisprudence grecque répute ainsi comme une technique normale de la segmentation des risques du même entrepreneur ou, selon son expression, mécanisme d'absorption des conséquences défavorables de l'activité d'entrepreneur, l'utilisation de plusieurs sociétés propriétaires de navires par le même entrepreneur<sup>2153</sup>. Selon un arrêt, la segmentation d'une entreprise maritime unique en

---

2153 V. sur la question de la levée du voile des single-ship companies K. Rigas « La levée de l'existence distincte ... », p. 70 suiv. et supra sur l'abandon par la jurisprudence grecque de la théorie du contrôle aboutissant à une levée facile de la personnalité morale au profit des créanciers sociaux. V. en ce sens favorable pour la segmentation des risques par le biais de sociétés à navire unique Eph. (CA) Pirée 403/2002, END 2002, p. 129, 736/2003, EpiskED 2004, p. 926, 940/2003, EpiskED 2004, p. 931, 574/2004, DEE 2004, p. 1162, 901/2005, END 2005, p. 265, 961/2005, EEmpD 2005, p. 799, 213/2007, END 2007, p. 57. Par exemple, dans le dernier de ces arrêts il s'agissait d'un groupe de quatorze sociétés chacune à navire unique constituées comme "limited" selon le droit libérien ou le droit panaméen, appartenant toutes à une holding libérienne elle-même contrôlée à cent pour cent par une autre holding libérienne dont actionnaire principal était un entrepreneur grec. Les sociétés propriétaires chacune d'un navire le plus souvent à pavillon autre que grec étaient gérées sur le fondement de contrats de management par une autre société libérienne, contrôlée par la même personne de nationalité grecque, et se présentant comme établie en Grèce selon la législation spéciale des décrets-lois 89/1967, 378/1968 et L 27/1975 (v. supra), cette société de gestion étant représentée à Londres par une autre société du groupe. En fait aussi bien les sociétés propriétaires des navires que la société de gestion avaient leur siège réel au Pirée. Selon l'arrêt le montage de segmentation des risques en cause est en principe valable et la responsabilité du maître de l'affaire pour les dettes des sociétés propriétaires de navires n'est pas engagée, et le maître de l'affaire n'acquiert pas la qualité d'armateur (et partant de commerçant).

plusieurs entités ayant comme résultat de restreindre le gage des marins à un seul navire, qui peut être grevé par des hypothèques maritimes, avec comme conséquence l'annihilation de la possibilité de satisfaction des créances des marins, serait un montage en principe acceptable, justifié par l'évolution de la vie des affaires, un point de vue critiqué dans la doctrine<sup>2154</sup>. Pourtant, comme en droit français, la segmentation des risques obtenue par le biais du groupe de sociétés doit trouver et trouve des limites. D'abord, selon la jurisprudence concernant les single-ship companies, la technique en cause trouve des limites au caractère simulé des sociétés impliquées et à l'exercice essentiellement au nom du maître de l'affaire de l'exploitation maritime. Dans ces cas, l'écran de la personnalité morale des sociétés du groupe n'est plus acceptable et c'est le maître de l'affaire qui est réputé personnellement tenu pour les dettes de l'exploitation, en acquérant la qualité d'armateur (personne qui exploite pour son compte un navire appartenant à autrui –v. supra sur l'entreprise en société demeurant essentiellement individuelle). L'invocation de la simulation, sans référence à la question de la nullité de la société de capitaux simulée, qui est réputée exclue par l'opinion absolument dominante grecque, rappelle l'action en déclaration de simulation du droit français. Il est toutefois vrai que cette jurisprudence est particulièrement réticente à retenir le caractère simulé d'une société à navire unique off-shore<sup>2155</sup>. Il est aussi possible de retenir que c'est la société de gestion du groupe qui exploite essentiellement pour son compte, bien qu'elle se présente comme simple mandataire, les navires appartenant aux autres sociétés du groupe, avec comme conséquence sa condamnation pour les dettes nées de cette exploitation<sup>2156</sup>. Mais plus généralement, c'est surtout par la notion d'abus de personnalité morale, fondé directement ou par analogie (comme abus d'institution) à l'art. 281 AK prohibant l'utilisation d'un droit subjectif d'une manière manifestement contraire aux bonnes mœurs, à la bonne foi ou à la finalité économique et sociale du droit subjectif en cause, un abus pouvant aboutir à la levée de la personnalité morale, que la société mère du groupe ou le maître de l'affaire peuvent être atteints, si bien sûr les éléments essentiels de l'abus de personnalité morale tels que posés par la jurisprudence sont réunis (v. supra Partie I sur le fondement théorique et les conditions de l'abus de personnalité morale, la différence avec la notion française de fictivité avec son origine traditionnelle de la conception contractualiste de la société et

---

<sup>2154</sup> V. ainsi Eph. (CA) Pirée 250/1988, Peir. Nom. 1988, p. 100, et pour une critique de ce point de vue K. Rigas, selon qui ces considérations offrent légitimité en le réputant comme fruit de l'évolution de la vie des affaires à un phénomène pathologique, auquel doit être appliquée la théorie de l'abus de la personnalité morale et de la levée de cette dernière.

<sup>2155</sup> V. p. ex. les arrêts précités de l'Epheteio (CA) du Pirée 402/2002, 512/2003, 961/2005, 213/2007.

<sup>2156</sup> V. ainsi Eph. (CA) Pirée 250/1988, précité.

notamment pour ce qui concerne la rapprochement de la théorie de l'abus de personnalité morale avec celle française de la fraude au sens subjectif). Une société filiale est de la sorte réputée par la jurisprudence grecque comme réalisant un abus de personnalité morale si elle est constituée dans le but de fraude à la loi impérative ou aux droits des créanciers. Il demeure pourtant que, comme pour la fictivité et la fraude en droit français, seule la segmentation de risques n'est pas constitutive d'abus de personnalité morale au sens du droit grec ; c'est une utilisation anormale de la personnalité morale et de la segmentation des risques en découlant qui peut fonder l'abus de la personnalité morale des sociétés, plus généralement mais aussi dans le cadre du groupe de sociétés. Comme nous avons vu dans la Partie I, le but frauduleux aux intérêts privés dans le cadre de l'abus de personnalité morale des sociétés est établi selon la doctrine dominante et un courant de la jurisprudence par certains indices, dont l'utilisation de la société comme personne interposée par les autres sociétés du groupe, son caractère simulé (v. supra Partie I sur le sens de la simulation dans le cadre des sociétés grecques de capitaux), la création aux tiers de l'impression que c'est la société mère qui s'engage, mais surtout l'insuffisance manifeste de la capitalisation de la filiale et la confusion de son patrimoine avec ceux des autres sociétés du groupe (v. supra sur la notion de confusion de patrimoines comme indice pour établir l'abus de personnalité morale et sa relation conceptuelle avec la confusion de patrimoines –indice de fictivité ou notion autonome- en droit français)<sup>2157</sup>. Il est pourtant vrai que, comme nous avons vu ci-dessus, pour certains arrêts, notamment dans le cadre du contentieux maritime, le caractère simulé de la société filiale ou membre du groupe, allant de pair avec l'exercice de l'entreprise maritime essentiellement au nom du maître de l'affaire, sont des fondements pour atteindre ce dernier distincts de l'abus de personnalité morale, cet abus supposant une société réelle, non fictive<sup>2158</sup>. En plus, selon au moins un arrêt il n'est pas possible d'établir a priori une liste d'indices permettant d'établir le caractère frauduleux de la société et, partant, l'abus de personnalité morale de la société<sup>2159</sup>. Il est vrai qu'en dehors de l'abus de personnalité morale, d'autres fondements théoriques possibles ont été proposées dans la doctrine grecque pour l'engagement de la responsabilité de la société mère pour les dettes de sa filiale, compte tenu des circonstances de chaque espèce. De tels fondements possibles sont la théorie du dirigeant de fait, la société mère étant réputée dirigeant de fait de sa filiale, avec engagement de sa responsabilité comme dirigeant selon l'art. 71 AK, l'abus de la liberté

---

<sup>2157</sup> V. sur la question de l'abus de personnalité morale et de la levée de cette dernière dans le cadre du groupe des sociétés K. Rigas, monographie précitée, p. 89 suiv.

<sup>2158</sup> V. p. ex. les arrêts précités 403/2002, 512/2003, 213/2007 Eph. Pirée

<sup>2159</sup> Ainsi p. ex. Eph. (CA) Pirée 403/2002.

d'organisation engendrant la responsabilité délictuelle de la société mère à l'égard des tiers qui en ont souffert un dommage (281, 914 AK), l'établissement d'une relation de mandat du droit grec (art. 714 suiv. AK) entre société mère et filiale avec la société filiale réputée mandataire de la société mère, compte tenu du degré de dépendance existant entre les deux, les créanciers de la filiale pouvant exercer à titre d'action oblique l'action de la filiale contre la société mère pour tout dommage résultant de l'exécution du mandat selon les instructions de la société mère (723 AK), le principe général de la bonne foi (288 AK) qui impose à la société mère une obligation de gestion diligente du patrimoine de sa filiale, les créanciers de cette dernière pouvant exercer à titre oblique l'action de la filiale sur le fondement de la responsabilité délictuelle (914 AK) en cas de violation de cette obligation de gestion diligente par la société mère, la responsabilité délictuelle pour dommage intentionnel contraire aux bonnes mœurs (919 AK), si la société mère est intervenue d'une manière contraire aux bonnes mœurs dans les relations entre sa filiale et un tiers, la responsabilité délictuelle du fait du préposé (922 AK), la fraude paulienne (939 suiv. AK) en cas d'aliénations frauduleuses de la société filiale vers la société mère, l'interprétation du contrat avec la filiale ou de la loi fondant sa responsabilité selon leur finalité de sorte que soit fondé l'engagement de la société mère, si l'interprétation contraire aboutirait à l'anéantissement de cette finalité, la responsabilité née selon la bonne foi dans l'étape des négociations (197-198 AK), si la société mère est intervenue dans les négociations précontractuelles entre sa filiale et un tiers, en créant à ce dernier l'impression légitime qu'elle garantissait la bonne exécution du contrat<sup>2160</sup>. Pourtant, quand la question de la levée de la personnalité morale dans le cadre d'un groupe de sociétés se pose pour les juges grecs, ces derniers ont recours principalement à la notion d'abus de personnalité morale pour avancer à cette levée, si les conditions de l'abus sont réunies ; on pourrait en plus dire que certains agissements dans le cadre de groupes de sociétés ont joué un rôle capital dans le développement de la jurisprudence grecque sur l'abus de personnalité morale, depuis un arrêt important du début des années quatre-vingt dix concernant l'interposition par une société italienne d'une filiale luxembourgeoise écran pour échapper à ses obligations résultant d'un plan de sauvetage d'une entreprise grecque surendettée, tout en exerçant en fait les prérogatives en découlant<sup>2161</sup>. L'affaire jugée concernait une société surendettée grecque importante du secteur du ciment, pour le sauvetage de laquelle des

---

<sup>2160</sup> Sur tous ces fondements v. K. Rigas, *ibid.* et pour une conception « pluraliste » des fondements de levée de la personnalité morale Eph. (CA) Athènes 5637/2003, El. D/ni 2004, p. 1477.

<sup>2161</sup> V. K. Rigas, *op. cit.*, p. 84 suiv. V. sur l'affaire présenté dans le texte principal Mon. Prot. (TI) Athènes 9291/1993 EEmpD 1993, p. 222 suiv., p. 421, obs. D. Avgitidis. V. aussi Eph. Ath. (CA Athènes) 5367/2003, EEmpD 2005, p. 542.



négociations étaient effectués entre celle-ci, ses actionnaires principaux, les créanciers et un repreneur - une société italienne s'activant dans le même secteur-, des négociations ayant abouti à un pacte entre ces différentes parties ; ce pacte a prévu une augmentation du capital réservée à la société italienne, les capitaux libérés devant être utilisés pour payer aux créanciers sociaux une partie des dettes sociales, de sorte que d'une part la société italienne allait acquérir le contrôle de la société grecque surendettée et que d'autre part les créanciers sociaux allaient être partiellement remboursés, le reste des dettes de la société grecque allant être remises par les créanciers dans le cadre du droit grec d'assainissement d'entreprises de l'époque ; pourtant, au dernier moment, le pacte en cause n'est pas signé par la société italienne qui avait participé par ses représentants aux négociations mais par une holding luxembourgeoise lui appartenant à peu près à cent pour cent, la société italienne invoquant pour ce changement des raisons seulement de tactique et promettant qu'il n'y en aurait pas de conséquences dans les relations des autres signataires du pacte avec elle. Par la suite, et malgré son immixtion dans les affaires de la société grecque surendettée, la société italienne n'avance pas les fonds nécessaires pour l'augmentation du capital de la société grecque et le paiement des créanciers, et elle est ainsi finalement assignée par les autres signataires du pacte de refinancement en dommages-intérêts pour le dommage subi à cause de l'inexécution du pacte ; elle a alors recours à l'argument qu'elle n'est pas signataire du pacte, donc elle n'a pas d'obligations résultant de ce dernier, comme d'ailleurs la société holding – sa filiale- qui a signé était une société à risque limité. Le tribunal a rejeté cet argument et a réputé que l'invocation de la personnalité morale de la société filiale luxembourgeoise était constitutive d'abus de personnalité morale ; il a retenu pour aboutir à ce résultat la sous-capitalisation manifeste de la filiale luxembourgeoise, la création aux cocontractants et au public de l'impression par la société italienne que c'était elle-même qui s'engageait et allait prendre le contrôle de la société grecque ainsi que l'utilisation de la part de la société italienne de l'engagement des autres parties dans le pacte pour exiger par la suite des conditions de prise du contrôle de la société grecque encore plus favorables, tout en escomptant pouvoir échapper en cas de naufrage des négociations à ses engagements par l'interposition de la filiale luxembourgeoise qui n'avait pas d'actifs en Grèce, à la différence de la société mère italienne elle-même, qui avait déjà acquis le bloc de contrôle d'une autre société importante grecque du secteur du ciment. L'abus de personnalité morale est aussi utilisée dans la jurisprudence grecque pour lever la personnalité morale de sociétés off-shore à navire unique, si bien sûr les conditions de l'abus sont dans chaque cas établies par le concours

des indices que la jurisprudence grecque exige dans ce but<sup>2162</sup>. Il est à rappeler que dans le cadre des sociétés off-shore appartenant à des groupes de sociétés à navire unique, donc des sociétés qui se présentent comme relevant d'un droit étranger, le droit grec et son principe de prohibition d'abus de droit, y compris par le biais de l'utilisation de personnes morales, sont applicables sur le fondement du siège réel de ces sociétés en Grèce (v. supra sur cette problématique)<sup>2163</sup>. La jurisprudence et la doctrine grecques tendent en plus à reconnaître, comme la jurisprudence française, la société-mère comme employeur des salariés de la filiale, s'il s'agit d'une entreprise unique, mais sur le fondement toujours d'abus de personnalité morale, bien sûr si les conditions de ce dernier sont réunies<sup>2164</sup>. La

---

<sup>2162</sup> Pour un cas de levée de la personnalité morale dans le cadre d'un groupe de single-ship companies sur le fondement de l'abus de personnalité morale par la société v. Eph. (CA) Pirée 606/2001, précité (l'abus a été établi sur le fondement de la domination absolue des actionnaires sur la société de gestion du groupe et la confusion de patrimoines entre les sociétés de ce dernier et les actionnaires, cette confusion résultant de l'absence de rémunération de la société de gestion pour ses services aux sociétés propriétaires de navire, du transfert de ses recettes aux sociétés propriétaires de navire du groupe, de sa dépendance pour sa survivance des sommes versées par les sociétés propriétaires de navire et les actionnaires, du loyer symbolique payée par la société de gestion aux actionnaires pour l'utilisation d'un de leur immeuble comme siège, de l'utilisation à sens inverse de l'actif de la société de gestion pour les besoins personnels des actionnaires et de la perception par eux de sommes de la caisse sociale sans respect d'aucune procédure). Pour un cas pourtant dans lequel l'abus de la personnalité morale dans le cadre d'un groupe de single-ship companies n'a pas été retenu v. l'arrêt précité Eph. (CA) Pirée 213/2007 (la cour a jugé que ni le fait que l'actionnaire principal du holding de contrôle du groupe avait octroyé des garanties personnelles aux banques pour les dettes des sociétés du groupe ni sa garantie personnelle à certains des fournisseurs pour les dettes des sociétés du groupe ni sa déclaration sur sa position dominante au sein du groupe n'étaient pas suffisants pour fonder une levée de la personnalité morale des sociétés du groupe au profit d'un fournisseur).

<sup>2163</sup> V. p. ex. ainsi Eph. (CA) Pirée 606/2001, précité.

<sup>2164</sup> Ainsi Eph. (CA) Athènes 1702/2006, DEE 2007, p. 352, entérinant Mon. Prot. (TI) Athènes 469/2005, DEN 2005, p. 823, obs G. Leventis (EPE -SARL grecque- filiale d'un groupe allemand qui licencie ses salariés grecs –déjà non payés pour quelques mois- sans indemnisation, en les renvoyant à la procédure de faillite de la société filiale, faillite résultant de la décision du groupe allemand d'abandonner sa filiale grecque en arrêtant son financement ; la Cour établit la responsabilité des sociétés allemandes membres du groupe (elles aussi liées avec une relation mère-filiale) qui possédaient l'intégralité des parts sociales de leur filiale grecque pour les dettes de cette dernière à l'égard des salariés licenciés en retenant leur domination absolue sur cette dernière, leur immixtion quotidienne dans sa gestion (c'étaient d'ailleurs les représentants des sociétés allemandes qui avaient annoncé aux salariés de la filiale grecque leur licenciement), la sous-capitalisation patente de la filiale grecque, de sorte que cette dernière était totalement dépendante d'injections de liquidités par les sociétés allemandes, le développement systématique aux salariés et aux tiers de l'impression qu'il y avait identification entre la filiale grecque et les sociétés allemandes ; elle a ainsi considéré que dans ces circonstances l'invocation par les sociétés allemandes de la personnalité morale de leur filiale grecque était constitutive d'abus de droit). V. sur l'ensemble du sujet K. Rigas, op. cit., p. 123 suiv. Pour un cas dans lequel le contrat de travail entre société filiale et salarié a été jugé tout simplement simulé et dissimulant un contrat de travail avec la société mère v. Areios Pagos 640/1996, Banque d'informations juridiques du Barreau d'Athènes « Isokratis » (il est vrai que dans cette affaire ce n'était pas la protection du salarié qui intéressait dans l'établissement de l'employeur réelle, mais la protection du tiers ayant subi un dommage de l'activité du salarié et invoquant la responsabilité de l'employeur pour fait du préposé selon l'art. 922 AK). Pour un cas de figure dans lequel une solution favorable au salarié d'une filiale (la nullité de la résiliation de son contrat de travail par la société mère) a été fondée à sens inverse sur la séparation des personnalités morales des sociétés du groupe v.

jurisprudence grecque reconnaît aussi la levée de la personnalité morale des filiales dans le cadre de rupture de relations permanentes commerciales pour atteindre la société mère, si les conditions de l'abus de personnalité morale sont réunies<sup>2165</sup>. Il est à noter que la notion d'abus de personnalité morale peut appréhender aussi des cas de filiales unipersonnelles ab initio (v. supra sur la possibilité de constitution d'EPE mais aussi, depuis 2007, d'AE unipersonnelles), si les conditions de l'abus sont réunies, possibilité qui constitue un avantage important par rapport à la notion de fictivité telle que conçue traditionnellement en droit français, étroitement liée à la conception contractualiste de la société et aux défauts de la société comme contrat. La conséquence de l'abus de la personnalité morale effectuée par le biais d'une société membre d'un groupe de sociétés et relevé par une décision de justice est une levée ad hoc de cette personnalité morale et la

---

Areios Pagos 832/1988, EED 1989, p. 1033. V. aussi Eph. (CA) Thessalonique 742/2002, Episk.E.D. 2002, p. 595, obs. K. Pamboukis (sociétés –AE et société en nom – sœurs formant une entreprise unique et étant différenciées seulement par leur image comptable et fiscale, ayant les mêmes sièges, objets, installations, outils de production, clients et fournisseurs, ainsi que le même représentant – actionnaire principal et président –conseiller- dirigeant de l'AE et associé et gérant de la société en nom- qui embauchait les salariés pour travailler dans la même entreprise mais soit pour l'une soit pour l'autre société du groupe pour des raisons fiscales et comptables ; les juges ont réputé que les deux sociétés du groupe étaient co-employeurs et par conséquent solidairement responsables pour les créances des salariés, qui de la sorte pouvaient participer aux voies d'exécution contre le patrimoine personnel du maître de l'affaire à la suite de la faillite de la société en nom ; selon le commentateur de l'arrêt, le Pr. K. Pamboukis, la solution donnée est de bon sens, mais son fondement devrait mieux être le raisonnement que compte tenu des circonstances les salariés ont légitimement considéré que leur employeur était la personne physique se présentant comme représentant tantôt de l'une tantôt de l'autre société et de la sorte le maître de l'affaire était personnellement responsable pour les créances des salariés, la personnalité morale des sociétés devant être levée pour abus de personnalité morale sur le fondement de l'art. 281 AK).

<sup>2165</sup> V. en ce sens Pol. Prot. (TGI) Kavala 350/1998, Episk.ED 1999, p. 896, avec consultation sur une affaire similaire du Pr. K. Pamboukis. L'arrêt fonde l'abus de personnalité morale sur l'abus d'institution et sur l'application analogique de l'art. 281 AK (v. supra sur cette problématique), en réputant que le principe de la séparation entre la personne morale et ses membres cède le pas quand elle est invoquée pour légitimer un résultat contraire au principe de bonne foi. Selon le raisonnement du tribunal, la société est une institution –ensemble de rapports et situations juridiques réglementé par un ensemble de règles juridiques et formant une entité distincte- et comme telle elle sert une finalité sociale. Est toutefois prohibée comme abusive l'utilisation de l'institution à des buts différents de ceux que selon l'ordre juridique cette institution sert et a fortiori son utilisation à des buts contraires à ceux légaux. Dans l'espèce jugée, une société en nom collectif avait conclu un contrat de représentation commerciale à durée déterminée avec une société anonyme du domaine de l'alimentation. A l'expiration de ce contrat, la société anonyme a imposé comme cocontractant de la société en nom dans un nouveau contrat de représentation commerciale une société filiale, totalement contrôlée par elle et représenté par les mêmes personnes que la société mère, en invoquant de simples raisons organisationnelles pour le changement de cocontractant et en assurant la société en nom que ce changement n'aurait aucun effet à leurs relations, elle-même (la société mère) demeurant tenue pour les obligations de la filiale. Dans la suite des relations de représentation commerciale, la filiale était totalement dépendante de la société mère, à un degré de méconnaissance totale de son autonomie organisationnelle. Quand le groupe a brutalement rompu ses relations d'affaires avec son représentant (la société en nom), cette dernière s'est tournée directement contre la société mère pour réclamer l'indemnisation prévue dans ce cas par les droits communautaires et grec dans ce cas de figure.

responsabilité pour les engagements de la filiale de la société mère ou (notamment dans le cadre des single-ship companies) du maître de l'affaire, responsabilité selon certains arrêts solidaire avec la société dont la personnalité morale est levée, selon d'autres exclusive, la société membre du groupe étant réputée ad hoc inexistante ; l'opinion dominante refuse d'accepter l'abus de personnalité morale comme cause de nullité d'une AE ou EPE dont la personnalité morale est levée (v. sur ces questions supra , Partie I, et Partie II dans la section sur les sociétés couvrant des exploitations individuelles). La réforme récente du droit grec des faillites ouvre d'ailleurs, à l'instar du droit français, des possibilités d'engagement de la responsabilité de la société mère pour le passif de sa filiale si la société mère a agi comme dirigeant du droit et de fait de la filiale (art. 98 du Code grec des faillites)<sup>2166</sup>. Comme en droit français, ces solutions jurisprudentielles trouvent leurs limites dans le cadre de filiales portant de graves atteintes à l'environnement, filiales insolvable face à la responsabilité née de leur activité, visant seulement à la segmentation des risques de l'entreprise du groupe et n'ayant aucune autonomie de décision face à la direction du groupe ; dans ces cas, l'imputation aux victimes de la charge de prouver l'abus de personnalité morale ne semble pas compatible avec le sens de justice. Ainsi, dans les cas de figure en cause, on devrait avoir plutôt recours à la finalité de la loi introduisant la responsabilité pour de telles atteintes à l'environnement pour établir la responsabilité des sociétés mères indépendamment des conditions de l'abus de personnalité morale, en se fondant sur l'unicité d'entreprise des sociétés du groupe, la solution contraire aboutissant souvent à l'obstruction de cette finalité<sup>2167</sup>. En plus, comme c'est le cas dans la doctrine française, un courant d'auteurs n'est pas satisfait plus généralement avec les solutions jurisprudentielles actuelles en matière de responsabilité des groupes de sociétés et juge la situation actuelle du droit grec comme trop timide face à la réalité du groupe de sociétés. Ainsi, selon un auteur grec, des éléments retenus par la jurisprudence pour fonder la levée de la personnalité morale au cadre des groupes des sociétés (création aux tiers de l'impression que c'est la société mère qui s'engage, domination absolue de la mère sur la filiale et absence d'autonomie organisationnelle de cette dernière, capitalisation insuffisante de la filiale) sont typiques dans le cadre des groupes de sociétés et on devrait de lege ferenda introduire une responsabilité légale de la société mère en cas d'insolvabilité de la filiale, soit à titre de garant, soit directement, sur le fondement dans ce dernier cas d'une

---

<sup>2166</sup> V. N. Rokas, p. 587 sur l'art. 98 § 2 Code grec des faillites et son importance possible en matière de groupes de sociétés.

<sup>2167</sup> Sur la finalité de la loi comme critère autonome d'élargissement de la responsabilité de la société filiale à la société mère v. K. Rigas, op. cit., p. 89-90.

présomption simple d'exercice d'une direction unique au niveau du groupe<sup>2168</sup>. Ce courant de la doctrine s'est d'ailleurs exprimé plus généralement pour la reconnaissance d'une unité juridique au groupe de sociétés reflétant au plan juridique l'unité économique de ce dernier<sup>2169</sup>. Nous croyons que ces considérations de reconnaissance du groupe comme entité juridique et d'introduction d'une présomption simple de responsabilité de la société mère ou de l'ensemble du groupe pour les dettes d'une filiale insolvable doivent être prises sérieusement en compte, dans un souci de lier de nouveau risque, profit escompté et pouvoir, des liaisons essentielles du droit de sociétés que la réalité du montage structurel du groupe de sociétés tend souvent à obscurcir (la société-centre du groupe et les personnes derrière elles ont le pouvoir essentiel dans les filiales, qui ne sont souvent que des pions de la politique du groupe, entités instrumentalisées dans le but de combiner unité du pouvoir et segmentation des risques et intégrées à des organigrammes complexes ou même opaques, en plus souvent perméables par rapport aux autres entités du groupe, et elles retirent l'essentiel du profit dégagé au niveau de la filiale, mais si les choses vont mal c'est une filiale exsangue qui est abandonnée aux créanciers).

### **Section III : Le groupe de sociétés ad hoc : le montage de LBO (Leverage Buy-Out)**

Dans une première étape sera présenté le montage de la constitution d'un groupe de sociétés ad hoc dans le cadre des opérations de LBO (paragraphe 1), tandis que dans une seconde étape seront présentées les réactions des deux droits sous comparaison, le droit français et le droit grec, à ce montage (paragraphe 2).

#### **Par. 1 : Description du montage du groupe de sociétés ad hoc dans le cadre de la prise du contrôle d'entreprises par la technique de LBO**

##### **A/ La mise en place du montage de LBO**

---

<sup>2168</sup> Ainsi D. Avgitidis, observations précitées sous Mon. Prot. (TI) 9291/1993 et du même auteur « Groups of companies », p. 274 suiv.

<sup>2169</sup> V. ainsi K. Pamboukis (en grec) « L'unité économique du groupe de sociétés et ses conséquences juridiques », consultation précitée, D. Avgitidis, obs. précitées sous Mon. Prot. 9291/1993, ce dernier auteur parlant de la reconnaissance de lege ferenda d'une personnalité morale sui generis au groupe de sociétés.

Les montages de LBO sont devenus les dernières décennies des manifestations particulièrement importantes et caractéristiques du «nouveau capitalisme», qui a fait son apparition dans les pays occidentaux dès les années 1980<sup>2170</sup>. Particulièrement développé les dernières décennies en Europe, le phénomène des LBO, mis en place le plus souvent par des fonds d'investissement spécialisés, est beaucoup plus répandu en France qu'en Grèce, comme conséquence naturelle du caractère plus développé du capitalisme français par rapport au capitalisme grec<sup>2171</sup>. Il est aussi naturel que le montage de LBO a généralement été étudié d'une manière plus exhaustive en France qu'en Grèce<sup>2172</sup>. L'idée centrale des LBO est assez simple : on a recours à la constitution d'une société holding qui, avec ses capitaux propres mais surtout avec les emprunts qu'elle contracte, va acquérir une société cible ; les dividendes distribués par la société cible vont par la suite être utilisés par la holding pour le remboursement de cette dette<sup>2173</sup>. Le montage de LBO est fondé sur un double « effet de levier », d'abord juridique, mais surtout financier. L'effet de levier juridique consiste à ce que l'acquéreur potentiel de la cible peut participer à la holding avec un pourcentage de 51%, le reste de son capital appartenant à d'autres investisseurs. De la sorte, le contrôle de la société cible peut être obtenu à moindres frais par l'acquéreur contrôlant la holding. Cet effet de levier peut être démultiplié par l'utilisation de plusieurs holdings, l'une contrôlant l'autre, de sorte que la mise initiale de l'acquéreur peut avoir des effets démultipliés ; il est d'autre part vrai que l'effet de levier juridique suppose que l'acquéreur potentiel de la holding trouve dans chaque étape de ses constructions des investisseurs acceptant d'y participer comme minoritaires<sup>2174</sup>. Encore plus important est toutefois l'effet de levier dit financier, celui recourant à un endettement élevé par rapport aux capitaux propres utilisés dans l'acquisition de la cible, sur le fondement de la considération

---

<sup>2170</sup> « Les fusions-acquisitions », La Découverte.

<sup>2171</sup> Selon MM L. Issaurat, E. Kornprobst, Ph. Raimbourg (« Ingénierie financière, fiscale et juridique », Dalloz, précité, n° 93.09) en 2004 et seulement pour les sociétés cotées la prise d'acquisition avec effet de levier a représenté un volume total de dettes syndiquées de 65 milliards d'euros, en progression de 50% par rapport à 2003, les opérations de LBO représentant une valeur de 44 milliards d'euros (le reste représente des acquisitions à caractère non financier, dites « corporate »).

<sup>2172</sup> V. à titre indicatif M. Cozian- A. Viandier- Fl. Deboissy, nos 1442 suiv, D. Porracchia- L. Merland, « LBO (Acquisition avec effet de levier) », in Rép. soc. Dalloz, J.-Ph. Dom, thèse précitée, nos 324 suiv., J.-P. Bertrel- M. Jeantin, « Droit de l'ingénierie financière », Litec 1990, nos 348 suiv., H. Bardet- A. Beetschen- A. Charvériat- B. Gouthière « Les holdings », précité, nos 34 suiv., L. Issaurat- E. Kornprobst- Ph. Raimbourg « Ingénierie financière, fiscale et juridique », Dalloz, précité, nos 93.00 suiv. Pour le droit grec, v. N. Rokas dossier « L'acquisition du contrôle », et plus particulièrement sur l'acquisition de la société par ses dirigeants E. Karamanakou (en grec) « Problèmes juridiques du rachat d'une entreprise par ses dirigeants (Management Buy-out) », éd. Nomiki Vivliothiki, 2007 .

<sup>2173</sup> M. Cozian- A. Viandier- Fl. Deboissy, ibid, L. Issaurat- E. Kornprobst- Ph. Raimbourg, op. cit., n° 93.11 suiv.

<sup>2174</sup> Sur l'effet de levier juridique, v. M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy, n° 1446, L. Issaurat- E. Kornprobst- Ph. Raimbourg, n° 93.12 et plus généralement sur la cascade de holdings J. Ph. Dom, op. cit, n° 813.

que le coût de l'endettement est finalement moins cher que celui des fonds propres et que tout accroissement du taux de l'endettement diminue le taux global du financement, en permettant une meilleure rentabilité des fonds apportés<sup>2175</sup>. Il est bien sûr évident que l'endettement présente aussi des risques importants et que la réussite du montage dépend du bon choix de la cible et d'un flux de dividendes de la part de la cible suffisant pour permettre le remboursement de la dette de la holding. Le facteur fiscal est très important bien sûr dans le LBO (v. infra). Le LBO est souvent effectué avec l'accord et la participation des dirigeants de la société cible, qui d'ailleurs peuvent être intéressés à sa réussite par le biais des « stock options » ; on rencontre aussi la version du « leveraged management buy-out » (LMBO), à savoir le rachat d'une société par ses dirigeants non majoritaires avec utilisation de l'instrument d'une holding et des effets de levier présentés ci-dessus ou même le rachat d'une société par ses salariés avec utilisation des mêmes instruments<sup>2176</sup>. L'introduction de la holding en bourse avec la recomposition de son actionnariat n'est pas exclue<sup>2177</sup>. L'objectif final de l'opération des LBO typiques est une nouvelle vente avec profit de la société cible, une fois la dette de la holding remboursée<sup>2178</sup>. La prise de contrôle de la société cible est d'ailleurs suivie d'une opération de fusion entre celle-ci et la holding -le plus souvent fusion-absorption de la cible par la holding- soit même au début de l'opération, avec le but de faire la cible elle-même porter directement le poids de la dette de la holding, mais aussi avec un but fiscal, d'imputer au résultat de la cible les déficits de la holding, soit plus normalement à sa fin, après le remboursement de la dette de la holding, quand cette dernière a épuisé sa raison d'être ; le premier cas de figure, dit aussi fusion rapide, pose des problèmes sérieux, car c'est essentiellement l'entreprise sociétaire qui va porter le poids de la dette contractée pour son rachat par la holding, avec des risques importants même pour sa survie en cas de renversement de la conjoncture économique<sup>2179</sup>.

---

<sup>2175</sup> Sur l'effet de levier financier, v. M. Cozian-A. Viandier-FI. Deboissy, no 1446, L. Issaurat- E. Kornprobst- Ph. Raimbourg, n° 93.11 et pour une illustration, H. Bardet- A. Beetschen- A. Charvériat,-B. Gouthière, n° 34. Sur les différentes techniques utilisées dans l'endettement de la holding, v. L. Issaurat- E. Kornprobst- Ph. Raimbourg, n° 93.23, 93.41 suiv. (recours aux emprunts seniors), 93.51 suiv. (recours aux emprunts juniors), 93.61 suiv. (utilisation de produits financiers hybrides). Sur le financement des LMBO v. E. Karamanakou, monographie précitée, p. 10 suiv..

<sup>2176</sup> M. Cozian- A. Viandier- FI. Deboissy, n° 1447, 1448 et la monographie précitée d'E. Karamanakou, notamment p. 31 suiv., 145 suiv. pour une comparaison entre l'acquisition directe de l'entreprise sociétaire comme ensemble de biens (asset deal) et l'acquisition indirecte avec prise du contrôle de la société cible par les dirigeants (share deal)..

<sup>2177</sup> V. L. Issaurat- E. Kornprobst- Ph. Raimbourg, op. cit., no 93.22.

<sup>2178</sup> Sur l'issue de l'opération de LBO, v. M. Cozian- A. Viandier- FI. Deboissy, n° 1447. La vente avec dégagement d'une plus-value est bien sûr le dénouement normal d'une opération de LBO effectuée par un fonds d'investissement. Parfois cette vente est effectuée à un autre fonds d'investissement (LBO secondaire).

<sup>2179</sup> V. Sur la fusion comme opération dans le cadre du LBO L. Issaurat- E. Kornprobst- Ph. Raimbourg, n° 93.172. L'intérêt fiscal de l'opération est de faire imputer les intérêts de la dette de la

## **B/ La qualification du LBO et du groupe de sociétés ad hoc comme montage et le problème de son appréciation**

Le LBO est bien sûr un montage comme nous les entendons. C'est d'abord parce qu'il y a instrumentalisation de l'impératif nécessaire pour la constitution et le fonctionnement de la holding - le plus souvent ayant la forme juridique d'une société anonyme- dans un but atypique par rapport à celui typique du droit des sociétés, à savoir de constituer la forme juridique d'une entreprise. Un groupe de sociétés est d'ailleurs mis en place, mais seulement ad hoc, non dans une logique d'organisation d'une entreprise sous une pluralité de formes juridiques comme résultat du développement de l'entreprise, mais suivant l'effort d'acquisition du contrôle de l'entreprise par le biais de l'instrumentalisation de la société holding et de la relation mère - filiale ; le plus souvent d'ailleurs le groupe ad hoc cessera d'exister au dénouement de l'opération avec la fusion de la société « mère » avec sa « filiale ». La holding est ainsi instrumentalisée comme une pièce dans une opération juridico-financière globale de prise de contrôle, une opération qui à son tour vise le plus souvent à l'acquisition d'une entreprise avec des objectifs principalement financiers. Les montages de LBO participent de la sorte à une tendance de « réification » de l'entreprise, cette dernière étant vue plutôt comme un ensemble de biens avec une valeur financière potentielle et un flux de recettes, non comme une entité organisationnelle avec une dimension économique et sociale<sup>2180</sup>. L'appréciation des effets des LBO sur le plan économique et social fait de la sorte l'objet de contestations et de débats vifs, notamment en France<sup>2181</sup>.

---

holding sur les bénéfices de la cible, de sorte qu'une économie fiscale en résulte. V. aussi M. Cozian, « Précis de fiscalité des entreprises », nos 1597 suiv., spéc. n° 1598, 1599, spécialement sur les risques de la fusion rapide. Sur les problèmes de droit de sociétés et de droit fiscal engendrés par la fusion rapide v. D. Poracchia « La fusion rapide dans les LBO », Dr. et patr. oct. 2006, p. 71. Sur la fusion pour la doctrine grecque dans le cadre des LMBO v. la monographie précitée d' E. Karamanou p. 199 suiv..

<sup>2180</sup> V. sur l'antinomie existant entre la logique et la construction du droit d'entreprise et la logique plus généralement des montages de reprise –dont les LBO- J. Paillusseau « Sécurité des montages de reprise au plan juridique », Bull. Joly soc. 1990, p. 849 suiv. Sur le cas dans lequel la financiarisation est à son apogée, à savoir le montage de OBO (Owner buy-out), dans lequel le propriétaire d'une société la vend à ... lui-même par le biais d'une holding et avec utilisation de l'effet de levier, dans le but de bénéficier de ce dernier et de diversifier son patrimoine, v. M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy no 1444, R. Bernard « L'OBO ou vente à soi-même », JCP E 2008, 2298.

<sup>2181</sup> Les partisans des opérations de LBO soutiennent que ces dernières dynamisent des sociétés cibles assoupies - v. en ce sens mais aussi en minimisant les désavantages de ces opérations dans le souci de leur sécurisation au plan juridique, l'article précité sur les fusions rapides du Pr. Poracchia. Les critiques de ces opérations relèvent que leur objectif est de dégager le plus de



## Par. 2 : Les opérations de LBO pour les deux droits sous comparaison

### A/ Le LBO et les droits de sociétés français et grec

Technique juridico-financière de provenance anglosaxonne, le LBO n'est expressément réglementé ni par le droit français ni par le droit grec. La licéité de l'objet de la holding de reprise ne pourrait pas toutefois être contestée aujourd'hui dans son principe ni en droit français ni en droit grec car, comme nous avons vu ci-dessus, si la finalité type légale pour les sociétés est de constituer des formes juridiques d'entreprises, cette finalité n'est pas exclusive ; prendre le contrôle d'une société par le biais de l'utilisation d'une société holding et de son endettement n'est pas en lui-même illicite. On pourrait de la sorte conclure qu'aussi bien en droit français qu'en droit grec, les opérations de LBO - bien que d'une valeur économique et sociale contestée (v. supra)- sont selon le droit positif actuel licites dans leur principe. Pourtant, ces opérations ne sont pas exemptes de problèmes juridiques ni de limites, étant d'ailleurs donné que la société cible mais aussi la holding ont le plus souvent la forme juridique de la société anonyme, forme sociale qui, comme nous avons vu dans la Partie I, est caractérisée aussi bien en droit français qu'en droit grec par un ordre public sociétaire particulièrement développé (bien qu'aujourd'hui en recul dans les deux pays sous comparaison)<sup>2182</sup>. Le problème essentiel dans une opération de LBO est bien sûr l'utilisation des ressources de la société cible dans le but du remboursement de la

---

cash possible dans le plus court laps de temps. Ce procédé a des résultats immédiats le plus souvent très durs à l'encontre des salariés, mais il peut aussi compromettre les perspectives de l'entreprise de la société cible à long terme, car les dépenses de recherche et de développement sont elles aussi souvent sacrifiées. Des auteurs avisés peu soupçonnés d'anticapitalisme remarquent en tout cas qu'avec les opérations de LBO une rupture caractérisée d'équilibre d'intérêts au sein des entreprises a lieu. « La plus-value réalisée [avec le dénouement de l'opération de LBO] est partagée entre les investisseurs qui ont confié leurs liquidités au fonds d'investissement, les dirigeants qui ont oeuvré au succès de l'opération, sans compter de la commission du fonds lui-même. Les laissés pour compte sont les salariés à qui on a pourtant imposé de sévères conditions de travail. D'où leur amertume, voire leur révolte dans certains cas » (M. Cozian « Précis », n° 1597 et dans le même sens M. Cozian-A. Viandier-Fi. Deboissy no 1447, avec l'exemple de la société Picard) ; comp. L. Issaurat- E. Kornprobst-Ph. Raimbourg, n° 93.14, parlant avec élégance d'« effet levier social » des LBO. Selon d'autres critiques des opérations de LBO, ces dernières ont comme élément essentiel une rupture du lien entre financement avec fonds propres et pouvoir, car le procédé est essentiellement une technique d'endettement, permettant d'emprunter et de contrôler sans argent - d'où une responsabilité réduite des personnes contrôlant des sociétés dans le cadre d'un LBO. La fragilisation de la société cible au point même d'être obligée de déposer son bilan n'est pas exclue (M. Cozian-A. Viandier-Fi. Deboissy no 1444). Pour une appréciation des effets du LMBO par un auteur grec v. E. Karamanakou, monographie précitée, p. 53 suiv.

<sup>2182</sup> Sur les facteurs de choix de la forme juridique de la société holding en droit français v. L. Issaurat- E. Kornprobst-Ph. Raimbourg, op. cit. no 93.22. et en droit grec E. Karamanakou, op. cit., p. 8 suiv.

dette de la holding contractée et employée pour l'acquisition du contrôle de la première. Un premier aspect juridique de ce problème est la question de l'utilisation des ressources de la société cible sous la forme de sûretés ou de garanties octroyés aux prêteurs de la holding. En droit français, cette possibilité est impérativement fermée, car l'art. L225-216 al.1 C. com. prohibe aux SA d'avancer des fonds, d'accorder des prêts ou de consentir des sûretés en vue de la souscription ou de l'achat de leurs propres actions par un tiers (v. aussi L242-24 al. 3 prévoyant une sanction pénale pour les dirigeants ayant violé cette prohibition). Il est ainsi notamment exclu pour la cible d'offrir des sûretés sur ses propres actifs pour la dette de la holding ; pourtant, la garantie offerte par la holding sur les actions de la cible est valable et en plus on propose certains montages pouvant atténuer les effets de la prohibition de l'art. L225-216<sup>2183</sup>. Le droit grec reprend traditionnellement cette prohibition, visant à garantir la réalité du capital social (aujourd'hui art. 16a L2190/1990, prohibant aux AE l'avance des fonds, l'octroi des prêts ou de garanties dans le but de l'acquisition de leurs propres actions par des tiers, sous peine de nullité) ; toutefois, comme nous avons vu ci-dessus, il s'agit aujourd'hui (depuis la réforme de 2007) d'une prohibition seulement de principe, l'avance de fonds et l'octroi de prêts ou de garanties dans le but de l'acquisition d'actions par des tiers pouvant être permis sous certaines conditions matérielles et

---

<sup>2183</sup> Sur la prohibition de l'art. L225-216 C. Com. v. P.Le Cannu-B. Dondero no 1189, L. Issaurat- E. Kornprobst- Ph. Raimbourg, n° 93.44. Selon ces derniers auteurs, la jurisprudence française fait une interprétation assez limitative de l'art. L225-216 C.com. et de la sorte tout montage visant à utiliser les ressources de la société cible pour refinancer la holding ne semble pas prohibé, bien que la prudence s'impose en la matière. Ainsi, selon ces mêmes auteurs, si la société cible dispose de réserves distribuables importantes, mais pas la trésorerie nécessaire pour la distribution de dividendes, il est possible de prévoir que le prêteur principal de la holding de reprise accordera aussi un crédit à la société cible une fois la reprise effectuée ; ce second crédit permettra à la société cible de distribuer à la holding les dividendes nécessaires pour le remboursement de son prêteur, avec comme résultat la substitution de débiteur, le prêteur pouvant ainsi bénéficier de meilleures garanties offertes par la cible. Pourtant, toujours selon MM Issaurat, Kornprobst et Raimbourg, le montage en cause n'est envisageable que sous réserve de ne pas altérer de manière déraisonnable le bilan de la société cible. Pour un arrêt dans lequel la Cour de cassation a accepté la validité d'un gage octroyé par la société acquéreuse sur les actions de la société émettrice v. Ch. Com. 15 nov. 1994, Quot. Jur. déc. 1994, obs. PM, cas dans lequel une fraude n'était pas invoquée. Pour un cas dans lequel la jurisprudence a condamné comme nulle l'octroi par une société filiale d'un cautionnement hypothécaire au banquier ayant prêté à la société mère les sommes nécessaires pour l'acquisition des actions de la filiale v. Ch. com. C. cass. 13 nov. 2007, Dr. soc. 2008, n° 32, obs. H. Hovasse, JCP E 2008, 1280, no 3, obs. J-J Caussain- Fl. Deboissy- G. Wicker (il est pourtant vrai que dans cette affaire la nullité du cautionnement en cause n'a pas été fondée sur la prohibition de l'art. L225-216 C. com., car le cautionnement avait été donné cinq ans après l'acquisition de la filiale par le biais d'émission d'obligations convertibles souscrites par une banque et dans le but de garantir un prêt octroyé par cette même banque pour le refinancement de l'opération ; la nullité a été fondée sur le caractère du cautionnement en cause comme contraire à l'intérêt social de la filiale, comme il grevait trop le patrimoine de cette dernière sans aucune contrepartie, l'intérêt de la filiale n'étant pas identifié avec celui de sa mère). Pour un cas de figure assez surprenant, dans le cadre duquel les accusés –auteurs d'une opération de LBO- invoquaient – finalement sans succès- la violation de l'art. L225-216 avec sa sanction pénale relativement légère pour échapper à l'accusation d'un abus de biens sociaux grossier v. C.cass. Ch. Crim. 8 nov. 2006, Rev. soc. 2007, 374, note B. Bouloc.

procédurales (des termes raisonnables du marché pour ce qui concerne les taux convenus pour la société et les garanties offertes à elle, avec examen diligent de la solvabilité du cocontractant, décision préalable de l'assemblée générale sur rapport du conseil avec le quorum et majorité nécessaires pour la prise de décisions par l'assemblée statutaire, sauf si les statuts prévoient un quorum et majorité plus élevés, le concours financier ne doit pas avoir comme résultat la diminution des capitaux propres au-dessous de la somme du capital social et des réserves obligatoires, avec prévision obligatoire au passif d'une réserve spéciale non distribuable égale à la somme du concours financier visant à l'acquisition des actions de la société) ; la même disposition impose la rédaction d'un rapport spécial par un commissaire aux comptes certifiant que l'intérêt social n'est pas lésé en cas de conclusion de tels contrats avec les administrateurs, la société contrôlante, ses dirigeants ou avec des personnes agissant pour le compte de ces catégories d'intéressés<sup>2184</sup>. Il en résulte que le droit grec est aujourd'hui plus libéral en la matière que le droit français, et que dans certaines limites les ressources de la société cible peuvent être utilisées dans le but de servir la dette de la holding sous la forme plus directe d'octroi surtout de garanties par la première au profit de la seconde. Pourtant, une telle utilisation des ressources de la holding sans respect des conditions posées par la loi peut aboutir à l'engagement de la responsabilité civile et pénale des dirigeants de la société cible (v. supra Partie I, mais aussi art. 58a al.2 L2190/1920 prévoyant la sanction pénale pour la violation des prohibitions d'octroi de garanties etc par l'AE)<sup>2185</sup>. En tout cas, comme en droit français, doit être réputé permis le nantissement des actions de la cible par la holding. Mais ce qui est le plus

---

<sup>2184</sup> V. sur ce dispositif - introduit par la réforme du droit des sociétés anonymes en 2007 - V. Antonopoulos, « Droit des AE et EPE », p. 312 suiv., E. Karamanaku, op. cit., p. 75 suiv., avec comparaison avec le régime antérieur. Selon cet auteur, l'octroi d'une garantie par la société pour l'acquisition par un tiers de ses actions –qui constitue le cas le plus fréquent de concours pour une telle acquisition- est prohibé si le débiteur initial ne peut pas rembourser sa dette, de sorte que la société soit obligée de le payer elle-même (op. cit. p. 122). Il est à noter que ce même dispositif est applicable selon le par. 2 pour les avances de fonds, prêts ou garanties octroyés par les sociétés filiales ou par des sociétés en nom ou commandites dans lesquelles participe comme associé en nom ou commandité la société anonyme dans le but d'acquisition des actions de la société mère ou participante. Il est aussi à noter que la nouvelle rédaction de la loi exclut expressément l'application de l'art. 23a sur les conditions de reconnaissance de la conclusion de conventions de crédit entre l'AE et ses dirigeants et actionnaires contrôlants au profit de ces derniers (v. supra), s'il y a lieu d'application de l'art. 16a, autrement dit si la société octroie du crédit etc à ses dirigeants et actionnaires contrôlants dans le but d'acquisition de ses propres actions ; dans ce cas, il y a application du dispositif de l'art. 16a. V. d'ailleurs le par. 4 de l'art. 16a sur quelques exceptions au dispositif de principe (établissements de crédit, acquisition d'actions par le personnel), toujours toutefois avec la limite de la protection des capitaux propres et des réserves obligatoires.

<sup>2185</sup> V. supra sur les conditions de la responsabilité civile des dirigeants et leur responsabilité pénale en cas de distribution de dividendes fictifs et d'agissements pouvant être caractérisés comme « déloyauté » (apistia) à l'égard de la société et plus particulièrement E. Karamanaku, p. 87 suiv..

important dans l'opération de LBO est le remboursement de la dette de la holding effectué normalement par le biais des dividendes distribués par la cible et le recours éventuel à la technique de la fusion rapide entre société cible et holding, la première portant ainsi essentiellement directement la charge de la dette contractée par la seconde dans le but de son acquisition. Les opinions dominantes dans les deux pays ne mettent pas en cause ces techniques de remboursement comme des procédés de contournement de la prohibition du financement par la société de l'acquisition de son capital (v. supra- prohibition de principe en droit grec). Plus particulièrement pour la distribution de bénéfices de la cible à la holding, l'opinion dominante en France considère que les bénéfices distribuables sont à la disposition des actionnaires et leur distribution est un acte absolument normal du droit des sociétés<sup>2186</sup>. Se pose toutefois la question de l'abus de majorité pour ce qui concerne la distribution excessive de dividendes fragilisant la société et mettant en péril sa pérennité. L'opinion dominante dans la doctrine en France semble refuser de voir même dans une distribution de dividendes à rythme excessif un abus de majorité, sur le fondement de l'argument que dans un tel cas les minoritaires ne sont pas lésés, car eux aussi sont bénéficiaires des distributions. Pour d'autres auteurs pourtant une telle distribution excessive serait contraire à l'intérêt social et constituerait en plus une rupture d'égalité au profit des seuls majoritaires, en servant leur opération de reprise, avec comme conséquence que les deux éléments requis pour l'établissement de cet abus (v. supra, Partie I) seraient réunis. La jurisprudence française ne semble pas pour le moment avoir reçu l'abus de majorité sur le fondement de la seule distribution excessive de dividendes dans le cadre d'une opération de LBO<sup>2187</sup>. En tout cas, les dividendes ainsi distribués doivent être réels, non fictifs (v. supra Partie I sur le dispositif de protection de la société et de responsabilité des dirigeants en cas de distribution de dividendes fictifs par une SA) ; en plus, l'abus de majorité et même l'abus de biens sociaux ne peuvent pas être exclus, si les dirigeants de la cible dépassent quelques limites dans leur effort de servir la société holding et l'opération de reprise, notamment par le biais de fusion entre société cible et société holding à des termes trop déséquilibrés pour la première<sup>2188</sup>. En Grèce, la doctrine ne semble pas se poser pour le moment la question du caractère abusif éventuel des

---

2186 L. Issaurat- E. Kornprobst- Ph. Raimbourg, n° 93.81.

2187 Sur ce débat v. L. Issaurat- E. Kornprobst- Ph. Raimbourg, n° 93.81.

2188 V. ainsi l'arrêt précité de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 8 nov. 2006. Sur le risque d'incrimination pour abus de biens sociaux ou abus de pouvoir pour les dirigeants de la cible si la fusion entre la société cible et la holding est extrêmement déséquilibrée et lésionnaire pour la société cible, v. Ch. crim. C. cass. 10 juillet 1995, JCP 1996 II, 780. Plus généralement sur les risques nés des opérations de LBO, v. J. Paillusseau « La sécurité des montages... », article précité. V. aussi sur la fusion rapide du point de vue juridique M. Cozian, « Précis de fiscalité... », n° 1598.

distributions excessives de dividendes dans le cadre des opérations de LBO, en semblant partager tacitement le raisonnement de la doctrine dominante française, conformément d'ailleurs à la conception dominante grecque voyant l'abus de droit dans les délibérations sociales comme une affaire de rupture de l'intérêt commun dans les relations entre actionnaires (v. supra, Partie I). Par contre, si l'on adopte le point de vue de l'intérêt de l'entreprise comme critère pour l'abus de droits dans la vie des sociétés, l'établissement d'un tel abus pourrait constituer une limite à une politique de distribution effrénée de dividendes manifestement contraire à l'intérêt de l'entreprise sociétaire, notamment si l'on reconnaît de lege ferenda un droit d'agir à d'autres composantes de l'entreprise. Au moins, comme en droit français, les dividendes distribués dans le cadre des opérations de LBO doivent être réels, non fictifs, sous menace d'application du dispositif de protection du capital social et d'engagement de la responsabilité des dirigeants en cas de distribution des dividendes fictifs par une AE (v. supra, Partie I)<sup>2189</sup>. En plus, selon la doctrine, la question de l'abus de droit peut être posée dans le cadre de la fusion de la société cible avec la holding de reprise, si une telle fusion aggrave la situation des minoritaires et agit au profit des seuls majoritaires, comme c'est le cas quand la société holding est encore grevée d'un lourd passif né de son endettement pour l'acquisition de la cible, un point de vue qui semble exclure les fusions trop rapides<sup>2190</sup>. Une autre forme particulière de LBO, celle organisant le rachat de l'entreprise par ses dirigeants (Leverage Management Buy Out - LMBO), présente aussi des problèmes particuliers concernant les conventions des dirigeants avec la société et les responsabilités éventuelles des dirigeants, surtout à cause de l'asymétrie d'information existant entre dirigeants et actionnaires. En droit français, on devrait reconnaître que dans ces cas trouve application l'obligation de loyauté des dirigeants à l'égard des associés que la jurisprudence française a reconnue plus généralement et dont découle une obligation de transparence des dirigeants à l'égard des associés<sup>2191</sup>. Le principe général du droit grec de la bonne foi (art. 288 AK) et la concrétisation de ce principe pour ce qui concerne les obligations précontractuelles des parties (197-198 AK) imposent d'autre part dans le cadre des opérations de LMBO des obligations spéciales de transparence et d'information à la charge des dirigeants et au profit des actionnaires. Les

---

<sup>2189</sup> V. E. Karamanaku, monographie précitée, p. 122 suiv. plus généralement sur les distributions effectuées par la société cible dans le cadre des opérations de LMBO en violation du dispositif d'ordre public de protection du capital social et des réserves obligatoires et l'application de l'article 46a L2190/1920 sur l'action de la société pour le retour de ce qui a été perçu indûment.

<sup>2190</sup> V. ainsi E. Karamanaku, op. cit., p. 207-208.

<sup>2191</sup> Sur l'obligation de loyauté des dirigeants à l'égard des associés et son contenu dans un cadre de cession du contrôle de la société v. Ch. com. C. cass. 27 févr. 1996, JCP E 1997, II, 838, note D. Schmidt- D. Dion, et M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy, no 262, avec référence d'autres arrêts confirmant l'existence de cette obligation.

dirigeants ne peuvent pas bien sûr pour échapper à ces obligations invoquer l'écran de la personnalité morale de la société holding qu'ils contrôlent et qui se présente comme acheteur. Pour ce qui concerne les relations des administrateurs avec la société elle-même et la possibilité d'un conflit d'intérêts dans ces relations dans le cadre d'une opération de LMBO, trouve en droit grec application le dispositif du droit des sociétés anonymes imposant après 2007 une obligation des administrateurs de faire connaître à la société toute situation de conflit entre leurs intérêts personnels et l'intérêt de la société et prohibant aux administrateurs de poursuivre leur intérêt personnel en conflit avec celui de la société, sous peine d'engagement de leur responsabilité (art. 22a L2190/1920 – v. supra, Partie I) ; en droit français, peut trouver application dans de tels cas l'obligation de loyauté du dirigeant à l'égard de la société que la jurisprudence française tend à reconnaître, il est vrai pour le moment à l'occasion surtout de l'obligation de non concurrence, et en tout cas tout acte du dirigeant de la société cible dans le cadre d'une obligation de LMBO pouvant être qualifié de violation de la loi, des statuts ou de faute de gestion engagerait sa responsabilité civile à l'égard de la société, sans exclusion de la possibilité d'engagement de sa responsabilité pénale pour abus de biens sociaux, si bien sûr les conditions de ce dernier sont réunies (v. supra, Partie I sur la responsabilité des dirigeants en droit français)<sup>2192</sup>. Dans le cas de sociétés cibles cotées objets éventuellement d'une LMBO se pose aussi bien pour le droit français que pour celui grec la question d'une éventuelle exploitation abusive d'information privilégiée par les dirigeants dans leur effort d'acquiescer le contrôle de la société avec son aspect de sanctions par les autorités des marchés et de sanctions pénales (v. supra, Partie I, Titre II)<sup>2193</sup>.

## **B / Le LBO et le droit fiscal**

Sauf le droit des sociétés, le droit fiscal est un facteur majeur dans l'environnement juridique des opérations de LBO. Aussi bien en France qu'en Grèce, le droit fiscal est favorable à ces opérations car il permet d'éviter ou du moins d'atténuer beaucoup la double imposition des dividendes de la cible distribués à la holding, distribution qui est critique pour la réussite de l'opération de LBO ; ainsi, comme nous avons vu ci-dessus, le droit fiscal

---

<sup>2192</sup> Sur l'obligation de loyauté des dirigeants à l'égard de la société v. M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy, no 262.

<sup>2193</sup> V. la monographie précitée d'E Karamanaku, notamment p. 172 suiv. Sur le régime actuel de l'octroi par la société anonyme d'avances de fonds, de prêts ou de garanties à ses dirigeants ou à des personnes agissant pour leur compte dans le but d'acquisition de ses actions par eux v. supra sur le nouvel art. 16a qui régit la matière en excluant l'art. 23a sur les conventions entre les AE et leurs dirigeants et actionnaires contrôlants.

français est très favorable à l'égard des distributions faites par les filiales à leurs sociétés mères si filiales et mères relèvent de l'IS, tandis que le droit grec prévoyait une retenue à la source de dix pour cent sur les dividendes distribués par une AE avec épuisement de l'obligation fiscale de l'actionnaire, une réforme récente du droit fiscal ayant pourtant introduit un dispositif d'exonération fiscale des dividendes distribués par les sociétés filiales à leurs mères ressemblant à celui du droit français (v. supra sur le régime des dividendes distribués par les filiales à leurs mères)<sup>2194</sup>. En plus, le droit français prévoit une possibilité d'intégration fiscale au sein du groupe de sociétés sous la condition de possession des 95% de capital de la filiale par la société mère, dispositif qui permet le traitement fiscal du couple société cible-holding comme une entité unique, une situation qui est fiscalement très avantageuse pour l'opération de LBO, car il permet d'imputer aux bénéfices de la société cible- "filiale" les coûts du service de la dette de la holding-« mère »<sup>2195</sup>. Le droit français permet aussi la réalisation des effets fiscaux poursuivis par la fusion - absorption rapide de la société cible par la société holding ou par une fusion avec création d'une nouvelle entité, opération fiscalement favorable pour le montage de LBO, car elle permet d'imputer directement au résultat de la société cible les déficits éventuels antérieurs et le service de la dette de la holding et de réaliser ainsi une économie fiscale importante (v. supra sur la prohibition traditionnelle de principe par le droit français- aujourd'hui atténuée par l'introduction d'une dérogation sous conditions nécessitant une autorisation administrative pour développer ses effets- de l'imputation des déficits antérieurs de la société absorbée au résultat de la société absorbante, une prohibition qui est interprétée par la jurisprudence et la doctrine comme laissant libre la possibilité inverse, à savoir l'imputation des déficits de la société absorbante sur les bénéfices de la société absorbée –fusion à l'envers, comme c'est le cas dans l'absorption de la cible par la holding)<sup>2196</sup>. Le droit fiscal français comporte

---

<sup>2194</sup> Sur l'« effet de levier fiscal » dans le cadre des LBO, v. M. Cozian- A. Viandier- Fl. Deboissy, n° 1446, M. Cozian, « Précis de fiscalité... », n° 1598, L. Issaurat- E. Kornprobst- Ph. Raimbourg, n° 93-13. Il s'agit bien sûr du dispositif fiscal concernant la distribution de dividendes de sociétés filiales à des sociétés mères (v. supra sur la fiscalité du groupe de sociétés), avec exonération fiscale des dividendes perçus par la société mère. Pour le droit grec, v. supra sur la fiscalité du groupe de sociétés comme celle-ci résulte de la réforme récente du droit fiscal grec.

<sup>2195</sup> V. la bibliographie de la note précédente. L'autre condition pour l'application du dispositif de l'intégration fiscale est la soumission de la holding de reprise à l'impôt sur les sociétés, soit de par la loi, soit sur option. L'important dans l'intégration fiscale est qu'elle permet d'imputer les charges financières de la holding sur les bénéfices de la filiale, avec diminution correspondante de l'imposition de la société cible et augmentation des dividendes pouvant être distribués à la holding. Selon M. Cozian- A. Viandier- Fl. Deboissy (op. cit., n° 1446) « en clair, la holding de reprise est un véritable paradis fiscal chez soi qui vaut, le soleil en moins, celui de maints pays exotiques ». Pour une comparaison du régime de l'intégration fiscale avec celui de la translucidité fiscale de l'art. 8 CGI v. L. Issaurat- E. Kornprobst-Ph. Raimbourg, no 93-151.

<sup>2196</sup> V. sur la fusion rapide et la fusion à l'envers M. Cozian « Précis... », nos 1599, 1666.

toutefois des mécanismes pouvant mettre en cause certains des aspects du montage de LBO, notamment pour ce qui concerne la fusion rapide de la société cible avec la holding de reprise (abus de droit fiscal- fraude à la loi, acte anormal de gestion –v. supra sur ces notions) ; mais la jurisprudence française –rare, il est vrai, en la matière- est négative à l'égard de l'application de ces mécanismes en la matière et l'imposition des sanctions en résultant aux opérations de LBO , en tendant à trouver des motifs autres que fiscaux pour écarter l'abus de droit-fraude à la loi fiscale et à exclure l'anormalité des actes de gestion effectués dans chaque étape du LBO ; le caractère normal de la fusion rapide et de ses effets doit d'ailleurs être apprécié pour une partie de la doctrine française selon l'intérêt de la société holding absorbante, point de vue favorable évidemment à l'exclusion de l'anormalité de ces actes, la décision des actionnaires de la cible d'accepter la fusion n'étant pas selon ce point de vue un acte de gestion et par conséquent n'étant pas susceptible de contrôle d'anormalité. Mais l'administration fiscale française se réserve toujours le droit de recours aux armes de l'abus de droit et de l'acte anormal de gestion à l'encontre de la fusion rapide si le contexte l'impose, et de la sorte il n'y a pas de sécurité absolue en la matière<sup>2197</sup>. En droit grec, la situation était encore plus favorable pour les opérations de fusions dans le cadre des LBO du point de vue fiscal, à défaut d'une théorie développée de la fraude à la loi fiscale, en dehors des cas de simulation. Est d'ailleurs désormais permise avec pleins effets fiscaux l'absorption de la holding par la cible, l'imputation des pertes antérieures de la société absorbée aux bénéficiaires de la société absorbante étant expressément permise par le droit fiscal grec sous les mêmes conditions que pour la société absorbée, comme si la fusion n'avait pas eu lieu (art. 54 par. 11 L4172/2013) ; c'est parce que le droit fiscal grec regarde d'une manière très favorable les fusions comme moyen de concentration des entreprises (v. supra, Partie I). Pourtant, la réforme du droit fiscal grec de 2013 a introduit une restriction à ce régime de faveur fiscale pour les restructurations, restriction qui ressemble à celle de l'abus de droit- fraude à la loi fiscale du droit français, en prévoyant que le régime de neutralité fiscale pour les restructurations n'est pas applicable si le but principal ou l'un des buts principaux de la restructuration a été l'évasion fiscale et non des buts économiques acceptables comme la réorganisation de l'entreprise ou la rationalisation de ses activités (v. supra sur ce dispositif) ; cette restriction visant à réprimer

---

<sup>2197</sup> V. sur l'ensemble de la question M. Cozian, « Précis... », n° 1599, L. Issaurat- E. Kornprobst- Ph. Raimbourg, n° 93-171 suiv. V. dans la jurisprudence CAA Lyon, 26 mai 1992, Dr. fisc. 1993, n° 8, écartant le grief de l'abus de droit fiscal dans le cas d'une fusion rapide entre société cible et holding, en considérant que le dispositif mis en oeuvre avait aussi un intérêt autre que fiscal, plus particulièrement l'intérêt financier, de permettre le remboursement de la dette de la holding directement par les bénéficiaires et l'actif de la société cible, TA Paris, 15 mai 2006, Dr. fisc. 2007, n° 12, comm. 319, note B. Boutely- E. Meier (écartant le grief de l'acte anormal de gestion).



des restructurations artificielles avec un but exclusivement ou principalement fiscal pourrait trouver application sur certaines fusions rapides douteuses avec une finalité principalement fiscale dans le cadre des opérations de LBO. Il est aussi à noter que le droit français avait favorisé fiscalement dans le passé le montage de reprise d'une société par ses salariés ou mieux des cadres avec le concours d'un groupe d'investisseurs (RES), mais la suppression par la suite de ce régime de faveur en 1996 semble avoir porté un coup fatal au montage en cause<sup>2198</sup>.

## **CHAPITRE II : LES MONTAGES INSTRUMENTALISANT LES SOCIETES ET LEUR IMPERATIF A DES FINS AUTRES QUE D'ETRE DES FORMES JURIDIQUES D'ENTREPRISES**

Dans ce chapitre, nous allons examiner les montages qui instrumentalisent les sociétés ainsi que l'impératif nécessaire pour leur constitution et leur fonctionnement d'une manière plus poussée, déconnectée de la fonction typique des sociétés de constituer des formes juridiques d'entreprises. Même dans le « montage structurel » du groupe de sociétés que nous avons examiné ci-dessus, c'était une entreprise qui était exprimée juridiquement, bien que non pas au niveau de chaque société, mais au niveau du groupe tout entier. Maintenant, nous entrons dans le domaine d'une « ingénierie juridique » plus avancée, d'une instrumentalisation des sociétés beaucoup plus intense, un domaine dans lequel les problèmes du partage du licite et de l'illicite, du socialement utile et acceptable et de ce qui n'est ni utile ni acceptable, se multiplient. C'est surtout dans ce domaine qu'on peut rencontrer souvent la « face cachée » de l'ingénierie juridique tant vantée les dernières décennies et observer que la multiplication des sociétés vise souvent à des buts illicites ou pour les moins douteux. Dans une première section, nous allons ainsi examiner les montages utilisant l'instrumentalisation des sociétés et de leur impératif à des fins au moins atypiques, en dehors de leur rôle de constituer des formes juridiques d'entreprises dans les deux pays sous comparaison, la France et la Grèce (Section I). Dans une seconde section, nous allons aborder -toujours en comparant la situation dans ces deux pays - les montages instrumentalisant des sociétés et leur impératif à des fins sans aucun doute illicites (Section II).

---

<sup>2198</sup> V. Ph. Merle, no 539, J.-Ph. Dom, n° 870 suiv.

## **Section I : Les montages instrumentalisant les sociétés et leur impératif à des fins pour le moins atypiques**

Dans cette section, nous allons aborder en premier lieu le phénomène des sociétés en sommeil (§1), ensuite les montages utilisant les sociétés à des buts de gestion ou de transmission d'un patrimoine (§2), et finalement les montages instrumentalisant les sociétés dans le cadre d'opérations d'« ingénierie financière », comme celles de « défaisance » et de titrisation (§3). Dans tous ces cas de figure, il y a instrumentalisation des sociétés et de leur impératif à des buts autres que leur destination traditionnelle, à savoir d'être des formes juridiques d'entreprises, mais les constructions en cause sont en principe réputées licites par les deux droits sous comparaison, celui français et celui grec, sur le fondement du principe de l'autonomie privée, la destination typique des sociétés par la loi ne signifiant pas destination exclusive. La tendance est d'ailleurs plus généralement vers la reconnaissance de l'utilisation des sociétés comme simples outils juridiques utilisées par les particuliers visant à servir leurs différents intérêts. Cette utilisation met bien sûr en crise les conceptions traditionnelles sur la société comme contrat et comme personne morale et l'ordre public sociétaire lié à ces notions. Elle met aussi en crise la conception de la société comme expression juridique de l'entreprise ; on doit toutefois ne pas oublier que la destination-type des sociétés demeure en droit de constituer des formes juridiques d'entreprises. En tout cas, dans les cas de figure de montages que nous allons étudier dans cette section, si leur licéité est en principe reconnue, il s'agit exactement d'une reconnaissance de principe, des problèmes importants de partage du licite et de l'illicite demeurant ouverts.

### **§ 1. Les sociétés en sommeil**

Montage assez souvent rencontré dans la pratique aussi bien française que grecque, le cas des sociétés en sommeil a sa problématique particulière (A), tout en suscitant des réactions généralement en principe similaires de la part des deux droits sous comparaison (B).

## A. La problématique du montage de la mise de sociétés en sommeil

### La définition de la société en sommeil

La société en sommeil est une société sans activité économique apparente, qui pourtant a été créée régulièrement, ayant donc une existence juridique au moins en apparence normale<sup>2199</sup>. La société en sommeil résulte d'une décision des associés qui optent pour cette mise en sommeil ; il s'agit donc d'une situation voulue par les associés et non d'une situation subie, comme c'est par exemple le cas dans les sociétés dont l'objet est devenu impossible<sup>2200</sup>. La mise en sommeil des sociétés doit être distinguée de la suspension provisoire de la poursuite de l'activité sociale<sup>2201</sup>. Dans le cas de la société en sommeil il y a par conséquent abandon de l'objet social prévu dans les statuts initiaux, si l'on considère qu'une poursuite de cet objet social a jamais été manifestée ; d'ailleurs, on rencontre souvent aujourd'hui le phénomène des sociétés en sommeil ab initio, dès le moment de leur constitution, à savoir des sociétés qui n'ont jamais poursuivi aucun objet social<sup>2202</sup>. La doctrine grecque distingue en plus entre mise en sommeil «extérieure», avec abandon de la poursuite de toute activité économique, et mise en sommeil «intérieure», avec inertie du mécanisme intérieur de la société, qui de la sorte ne donne aucun signe de vie<sup>2203</sup>.

### Les finalités de la mise en place de sociétés en sommeil

La première finalité importante dans laquelle est utilisée la mise de sociétés en sommeil est celle d'échapper à la procédure et aux coûts de la dissolution et de la liquidation de la société. Le facteur le plus important ici est le coût fiscal de la liquidation, notamment en France, un coût que la doctrine française considère même comme «confiscatoire»<sup>2204</sup>. La mise en sommeil de la société est ainsi une parade utile pour les associés qui ne veulent plus la continuation de l'activité de leur société pour échapper à ce coût fiscal. Au lieu de liquider la société, les associés la mettent en sommeil dans la

---

<sup>2199</sup> M. Cozian- A. Viandier- Fl. Deboissy, nos 478, 479, P. Diener, « Un abus de la personnalité morale : les sociétés en sommeil » in « Dix ans de droit de l'entreprise », Litee 1978, p.81, G. Notté « Les sociétés en sommeil », JCP CI, 1981, 13499, N. Rokas, manuel précité, p. 479 , E. Perakis (en grec) « Le problème de la société inerte », E.Emp.D 1980, p. 361.

<sup>2200</sup> Sur ces distinctions, v. E. Perakis, op. cit., p. 361-362. Cf. G. Notté, op. cit., n° 4.

<sup>2201</sup> E. Perakis, op. cit., p. 362.

<sup>2202</sup> V. sur cette distinction M. Cozian- A. Viandier- Fl. Deboissy, n° 478.

<sup>2203</sup> E. Perakis, op. cit., p. 361. Cf. G. Notté, op. cit., n° 7.

<sup>2204</sup> M. Cozian- A. Viandier,-Fl. Deboissy, n° 479.

perspective de céder leurs droits sociaux à un repreneur intéressé à l'actif de la société – non à la poursuite de l'exploitation de l'entreprise sociétaire initiale- avec un coût fiscal jugé cette fois supportable<sup>2205</sup>. L'utilisation de la mise d'une société en sommeil comme technique d'abandon définitif d'une société dont la continuation de l'activité n'est plus voulue par les associés présente d'autre part des limites<sup>2206</sup>. Le plus souvent, la mise de la société en sommeil se fait avec la pensée d'une utilisation postérieure de la société par les inspireurs des montages ou par d'autres personnes, une utilisation qui le plus souvent n'a aucune relation avec l'activité que la société poursuivait avant sa mise en sommeil et qui est combinée d'ailleurs le plus souvent avec des modifications «radicales» des statuts<sup>2207</sup>. L'existence d'une coquille de société sans aucune activité –ab initio ou mise en sommeil après avoir fonctionné- peut ainsi être utile à des personnes qui veulent trouver facilement une structure pour leur projet, car la cession de cette structure par la cession de ses parts sociales ou actions présente l'avantage de pouvoir se substituer avec profit à la constitution d'une nouvelle société avec les retards éventuels l'accompagnant traditionnellement (v. toutefois supra Partie I sur les efforts du droit français et du droit grec d'accélérer le processus de constitution des sociétés)<sup>2208</sup>. Cette technique a d'ailleurs souvent été utilisée dans le passé dans le but de contourner la prohibition du droit français et du droit grec de constituer ab initio des sociétés unipersonnelles<sup>2209</sup> ; pourtant, comme nous l'avons vu dans la Partie I, les progrès de la reconnaissance de sociétés unipersonnelles dans les deux droits sous comparaison rendent pratiquement désormais sans utilité cet aspect du montage. Selon la doctrine grecque, le rachat des actions d'une société mise en sommeil - au lieu de la constitution d'une nouvelle société - avait été aussi utilisé dans le passé en Grèce comme moyen de contournement du minimum impératif de capital social prévu par le droit grec pour les sociétés anonymes<sup>2210</sup>. En tout cas, et malgré les efforts des deux droits sous comparaison de faciliter la création de sociétés (v. supra), la rapidité du procédé de l'acquisition des droits sociaux d'une société mise en sommeil ou simplement de son

---

2205 M. Cozian- A. Viandier- Fl. Deboissy, *ibid.*

2206 Si un repreneur ne se présente pas, le maintien d'une société inactive en sommeil a généralement des coûts importants, la diminution de ses capitaux propres aboutissant d'ailleurs à l'activation des dispositifs dont les deux droits sous comparaison disposent pour le cas de chute des capitaux propres à un niveau particulièrement bas par rapport au capital social (v. supra, Partie I) - G. Notté, *op. cit.*, n° 9.

2207 E. Perakis, *op. cit.*, p. 370, selon lequel la réactivation de la société sera accompagnée de telles modifications des statuts (changement d'objet, de siège, de dénomination sociale, de forme des actions) que la société initiale ne soit pratiquement plus reconnaissable.

2208 M. Cozian-A. Viandier- Fl. Deboissy, *op. cit.*, n° 478.

2209 E. Perakis, *op. cit.* p. 367.

2210 E. Perakis, *op. cit.* p. 367.

activation par rapport à la constitution d'une nouvelle société sont réputées aujourd'hui maintenir leur intérêt, de sorte que le procédé de création de sociétés en sommeil ab initio avec un objet social très large, attendant leur éveil, est de nos jours très répandu, notamment dans le cadre de groupes de sociétés<sup>2211</sup>. Ces sociétés peuvent ainsi soit attendre un acquéreur pour être vendues, soit attendre l'apparition d'une opportunité, souvent purement financière, pour être activées pour le compte de leurs fondateurs<sup>2212</sup>. La pratique est d'ailleurs très répandue dans plusieurs pays -«paradis» juridiques d'une production de masse de sociétés en sommeil prêtes à être vendues à des clients étrangers pour être par la suite activées à l'étranger (shelf companies- sociétés- tiroirs) ; le plus souvent cette production de masse est d'ailleurs assumée par des cabinets d'avocats<sup>2213</sup>. Même en France cette pratique de sociétés-tiroirs est répandue, sociétés le plus souvent sous la forme de SA ou de SAS, mises en place par des banques d'affaires<sup>2214</sup>. D'autre part, on rencontre en France le phénomène de sociétés ayant une activité réelle et étant mises par la suite en sommeil quant à cette activité, pour être transformées pratiquement en sociétés de gestion de leur actif - actif immobilier ou en valeurs mobilières - et être vendues comme telles<sup>2215</sup>. Il est d'autre part vrai que les sociétés en sommeil sont souvent destinées à être activées ou réactivées dans des buts sans aucun doute illicites, notamment la fraude fiscale et le blanchiment de capitaux (v. infra, Section II de ce chapitre).

### **Le paradoxe juridique des sociétés en sommeil**

Évidemment, la société en sommeil n'est pas la forme juridique d'une entreprise. On peut bien sûr remarquer que dans plusieurs cas constituer une société en sommeil - ou mettre une société existante en sommeil dans le but d'un emploi ultérieur- n'est que «... tailler à l'avance le vêtement juridique dont on habillera plus tard une entreprise quelconque »<sup>2216</sup>. Pourtant, même dans ce cas, il y a un intervalle de temps - qui peut être assez long -

---

<sup>2211</sup> M. Cozian- A. Viandier- Fl. Deboissy, op. cit., n° 478, G. Notté, op. cit, n° 4, M. Varela.

<sup>2212</sup> Pour des exemples de telles utilisations, v. G. Notté, n° 4, notamment pour ce qui concerne le rachat rapide d'entreprises défailtantes.

<sup>2213</sup> V. sur cette pratique Ch. Cutajar « La société écran », LGDJ 199 , préface P. Diener, nos 141 suiv.

<sup>2214</sup> P. Le Cannu-B. Dondero, no 358.

<sup>2215</sup> M. Cozian- A. Viandier- Fl. Deboissy, n° 478. Dans ces cas, il peut y avoir transformation de la société en société civile immobilière. Alternativement, la société peut devenir une société de portefeuille. Les auteurs mentionnent l'existence en France d'un marché de sociétés en sommeil avec un actif en valeurs mobilières, le rachat se faisant moyennant une décote de 20%, correspondant à l'économie fiscale des associés échappant au coût fiscal de la liquidation.

<sup>2216</sup> M. Cozian,-A. Viandier- Fl. Deboissy, ibid.

durant lequel la société en sommeil est déconnectée de toute expression juridique d'une entreprise. Normalement, toute société est constituée et se voit reconnaître la personnalité morale aussi bien en droit français qu'en droit grec dans le but de poursuite d'un objet social défini dans ses statuts ; ce but peut être poursuivi parfois seulement partiellement (si l'objet social est très largement défini) ou être modifié à la suite d'une modification des statuts (v. supra, Partie I). Pourtant, les deux droits sous comparaison considèrent comme élément essentiel de la notion de société la poursuite d'un objet social, notamment - malgré leurs différences - par l'organisation juridique d'une entreprise ayant une activité économique. L'existence de sociétés qui ne poursuivent selon une décision des associés aucun objet social est par conséquent un paradoxe ou peut-être mieux une anomalie juridique<sup>2217</sup>. Le paradoxe est encore plus frappant pour ce qui concerne la notion même de personnalité morale, car par définition aussi bien en droit français qu'en droit grec toute personne morale - et par conséquent les sociétés ayant la personnalité morale - doit avoir un objet et poursuivre un but<sup>2218</sup>. Les sociétés en sommeil mettent aussi à l'épreuve la conception traditionnelle de la société comme contrat, car dans ce type de sociétés manque un élément essentiel - d'ordre public sociétaire - du contrat de société, à savoir l'*affectio societatis* entre associés<sup>2219</sup>. Ce royaume d'ombres des sociétés en sommeil a suscité d'ailleurs des soupçons de constituer un vivier de structures offertes pour des activités illicites, des soupçons souvent vérifiés par la réalité<sup>2220</sup>. En tout cas, la mise de sociétés en sommeil soit dans le but d'éviter le coût de dissolution et liquidation, soit dans le but d'un emploi postérieur, est un montage tel que nous les entendons. Dans ces cas de figure, il y a instrumentalisation de règles impératives du droit des sociétés - des règles permettant la constitution d'une société et son apparition dans le monde juridique ou régissant le fonctionnement de la société- dans un but pour le moins atypique par rapport au but légal. Cette instrumentalisation est plus frappante dans le cas de la constitution *ab initio* de sociétés en sommeil. Dans le cas de sociétés mises en sommeil après l'exercice durant une période d'une activité, l'instrumentalisation en cause présente un caractère « *a posteriori* », car la société sans activité continue son existence juridique malgré l'abandon de toute

---

<sup>2217</sup> V. notamment P. Diener, op. cit., G. Notté, n° 25.

<sup>2218</sup> V. P. Diener, op. cit., écrivant d'abus de personnalité morale dans le cas des sociétés en sommeil, G. Notté, op. cit., n° 29, parlant de maintien artificiel de la personnalité morale, E. Perakis, op. cit., p. 366-367 (considérant toutefois que le problème existe seulement dans le cas de mise en sommeil - abandon définitif de la société, non dans le cas d'une société mise en réserve, car dans ce cas la personne morale a un but potentiel).

<sup>2219</sup> V. G. Notté, op. cit., n° 25, constatant que dans les sociétés en sommeil l'*affectio societatis* est souvent un leurre.

<sup>2220</sup> V. ainsi P. Diener, article précité.

activité comme effet du respect dans le passé des règles impératives concernant sa constitution, une constitution destinée pourtant à donner une expression juridique à une activité d'entreprise. L'instrumentalisation des règles impératives concernant le fonctionnement des sociétés (réunions d'assemblées générales, des conseils d'administration, rédaction et publicité des comptes sociaux) peut d'ailleurs être utilisée, si les intéressés veulent donner une apparence de vie à leur société en sommeil - mais souvent ce n'est même pas le cas<sup>2221</sup>.

## **B. Les réactions du droit français et du droit grec face au montage des sociétés en sommeil**

### **La réaction du droit français**

Le droit français des sociétés ne prévoyait traditionnellement rien expressément sur les sociétés en sommeil<sup>2222</sup>. Le traitement de ce phénomène juridique paradoxal était par conséquent laissé pendant longtemps à la doctrine et la jurisprudence. La doctrine et la jurisprudence françaises refusent de voir dans l'abandon volontaire de l'objet social une cause de dissolution de la société, et de la sorte la mise d'une société en sommeil est exclue comme cause de dissolution<sup>2223</sup>. Pourtant, pour une partie de la doctrine française, exprimée particulièrement par le Pr. P. Diener, les sociétés en sommeil doivent plus généralement être vues d'une manière négative. Selon ce point de vue, les sociétés en cause constituent des détournements de personnalité morale, manquent d'un élément essentiel du contrat de société selon la conception française, à savoir l'affectio societatis, en étant par conséquent fictives, et sont d'ailleurs souvent simplement frauduleuses ; la conséquence devrait en être la nullité absolue ou même l'inexistence de ces sociétés<sup>2224</sup>. Selon ce même auteur, le phénomène des sociétés en sommeil participe à une pathologie plus générale du droit et plus particulièrement du droit des affaires aujourd'hui, à savoir le ravalement du droit à un simple outil, déconnecté de toute référence et finalité éthique<sup>2225</sup>. La doctrine dominante française n'a pas toutefois adopté ce point de vue, bien qu'elle accepte plus généralement que l'absence de vie intérieure d'une société peut être un indice

---

2221 E. Perakis, op. cit., p. 375 suiv.

2222 G. Notté, op. cit., n° 1.

2223 V. p. ex. M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy, no 448.

2224 P. Diener, op. cit., n° 6 suiv., 87 suiv.

2225 P. Diener, ibid.

de fictivité de la société pour défaut d'affectio societatis (v. supra, Partie I). Pour elle, les sociétés créées ou mises en sommeil, tout en constituant un paradoxe juridique, sont un phénomène tolérable soit comme un phénomène transitoire avant l'activation d'une entreprise ou le remploi dans le cadre d'une nouvelle entreprise, soit comme un « effet pervers » d'une réglementation impérative des sociétés jugée comme excessive<sup>2226</sup>. La doctrine dominante française semble ainsi faire preuve d'un certain respect face à la société en sommeil comme création de la pratique, en refusant de la considérer comme juridiquement anormale ou comme présumée être de destination illicite. D'autre part, le pouvoir réglementaire français est finalement intervenu plus généralement pour les personnes morales ayant cessé leur activité - donc aussi pour les sociétés mises en sommeil - en imposant leur radiation du registre du commerce et des sociétés, radiation qui peut être décidée d'office par le greffier (R123-129 C.com)<sup>2227</sup>. Toutefois, la jurisprudence et la doctrine françaises refusent de voir dans cette radiation la fin de la personnalité morale de la société, qui subsiste jusqu'à la liquidation des droits et obligations de cette dernière, une liquidation qui évidemment suppose une dissolution préalable de la société en sommeil à laquelle les associés n'entendent pas procéder<sup>2228</sup>. La jurisprudence française refuse d'ailleurs traditionnellement de voir dans la cessation de l'activité d'une société - et donc de sa mise en sommeil par décision des associés - un juste motif de dissolution de la société<sup>2229</sup>. Il est pourtant d'autre part vrai que le législateur fiscal français a introduit un régime défavorable pour la cessation d'activité d'entreprise d'une société à laquelle sont assimilés le changement de l'objet social ou d'activité (221-5 CGI - imposition immédiate des plus-values latentes, prohibition de l'imputation des déficits sur les bénéfices ultérieurs), dans le but notamment de décourager la création d'un marché de sociétés déficitaires, dispositif qui est dans une certaine mesure un motif négatif pour la mise artificielle de sociétés en sommeil ; en plus, un allègement dans la taxation des sociétés dissoutes relevant de l'impôt sur les sociétés a peut-être diminué l'intérêt fiscal de la mise des sociétés

---

<sup>2226</sup> M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy, n° 478, G. Notté, op. cit., n° 30 (ce dernier auteur utilisant l'argument tiré de la réglementation « excessive » et de ses « effets pervers »), n° 26 (faisant la distinction entre sociétés en sommeil frauduleuses et celles relevant de la simple « habileté »). V. aussi P. Le Cannu-B. Dondero no 358, considérant que la critique aux sociétés-tiroirs ne manqué pas toujours de pertinence.

<sup>2227</sup> Sur le régime initial introduit par le décret du 23 mars 1967 tel que modifié en 1978, v. G. Notté, n° 16.

<sup>2228</sup> Ainsi Ch. com. C. cass. 20 févr. 2001, Dr. soc. Juin 2001, obs. Th. Bonneau, M. Cozian- A. Viandier,-Fl. Deboissy, n° 478.

<sup>2229</sup> V. ainsi Ch. com. C. cass. 17 janv. 1977, Rev. soc. 1977, p. 512, obs. A. Honorat, 3 mars 2010, JCP E 2010, 1449, obs. A. Viandier.



en sommeil<sup>2230</sup>. La doctrine française ne s'est pas préoccupée beaucoup de la nature juridique de la décision de la mise d'une société en sommeil. D'ailleurs, le plus souvent cette mise en sommeil est une décision informelle. Il semble toutefois que l'officialisation de cette décision passe en droit français par la procédure de la modification des statuts, avec décision des associés en assemblée extraordinaire (ou à l'unanimité, dans le cas où cela demeure la règle) et respect de la publicité légale<sup>2231</sup>. En théorie, la mise d'une société en sommeil pourrait être constitutive d'abus de majorité, étant d'ailleurs données les conséquences néfastes que cette mise en sommeil peut avoir sur le plan économique et social. Pourtant, dans la grande majorité de cas, la mise en sommeil est décidée avec l'accord unanime des associés, d'autres intéressés par la continuation de la vie de l'entreprise ne pouvant pas invoquer dans l'état actuel du droit français l'abus. La mise des sociétés en sommeil peut rencontrer certaines difficultés sur le plan du droit fiscal avec un risque- aujourd'hui plutôt petit- de qualification en abus de droit fiscal des opérations dans lesquelles de telles sociétés sont impliquées (v. supra)<sup>2232</sup>. Cette mise en sommeil ne peut en outre empêcher la mise de la société sous procédure collective, si les conditions de déclenchement de ces dernières sont réunies<sup>2233</sup>. Le droit français présente de la sorte aujourd'hui globalement une tolérance à l'égard du phénomène des sociétés en sommeil, qui ne sont pas présumées être frauduleuses ou anormales (v. toutefois infra sur la législation anti-blanchiment de capitaux).

### **La réaction du droit grec face aux sociétés en sommeil ou inertes**

Le droit grec, à l'instar du droit français, ne régit pas expressément le phénomène des sociétés en sommeil. Comme en France, le phénomène en cause est de la sorte laissé dans le domaine de la doctrine et de la jurisprudence. Le dualisme de la conception grecque des sociétés, avec une distinction plus nette entre sociétés de personnes et sociétés de capitaux qu'en droit français (v. supra, Partie I), ne peut qu'avoir d'ailleurs des incidences en la matière. La doctrine grecque considère ainsi

---

<sup>2230</sup> Sur le régime fiscale de la cessation d'activité v. M. Cozian « Précis », no 1612 suiv. Sur l'allègement de l'imposition du boni de liquidation à la suite de la dissolution d'une société relevant de l'IS v. *ibid* no 1702.

<sup>2231</sup> M. Cozian- A. Viandier- Fl. Deboissy, n° 478.

<sup>2232</sup> Sur une application possible de l'abus du droit fiscal en matière de restructuration impliquant l'utilisation de sociétés en sommeil, v. G. Notté, *op. cit.*, n° 27. Dans le passé, le droit fiscal français imposait un impôt forfaitaire annuel sur les sociétés relevant de l'impôt sur les sociétés, cette imposition pouvant jouer un certain rôle dissuasif pour les petites sociétés mises en sommeil ; pourtant, aujourd'hui l'imposition forfaitaire en cause a été abrogée (ancien article 223 septies).

<sup>2233</sup> G. Notté, *op. cit.*, n° 22. Selon cet auteur, la mise de la société en sommeil est parfois utilisée comme moyen d'ajournement du dépôt de bilan et d'évitement de l'obligation d'effectuer ce dépôt dans les quinze jours dès la cessation des paiements.

traditionnellement que la décision par les associés d'une société de personnes de mise de cette dernière en sommeil emporte la dissolution de la société, en constituant un «*contrarius actus*» par rapport au contrat de société de l'art. 741 AK, dont l'essence est la poursuite d'un but commun par les associés<sup>2234</sup>. Il semble toutefois par contre que pour la doctrine aujourd'hui dominante la cessation de l'activité de l'entreprise d'une société de personnes n'emporte pas sa dissolution<sup>2235</sup>. Ce qui est sûr est que pour la conception dominante grecque la création d'une société de capitaux (AE ou EPE) destinée à être maintenue en sommeil ou la mise d'une telle société en sommeil ne sont respectivement ni une cause de nullité ni une cause de dissolution de la société en cause, solution similaire à celle de la doctrine dominante et de la jurisprudence françaises. Les raisons invoquées sont le *numerus clausus* de causes de nullité et de dissolution des sociétés de capitaux en droit grec, ainsi que l'absence - ou le rôle diminué - de l'*affectio societatis* dans ces formes sociales, notamment l'AE<sup>2236</sup>. La doctrine grecque refuse d'ailleurs - comme la doctrine dominante française - de voir dans les sociétés en sommeil une présomption d'intention frauduleuse<sup>2237</sup>. Le droit grec ne prévoit pas en plus une procédure de radiation d'office du registre tenu pour les AE des sociétés anonymes ayant cessé leur activité, à la différence du droit français (v. supra), chose qui facilite bien sûr les sociétés en sommeil. La doctrine dominante grecque est de la sorte tolérante, comme celle française, à l'égard des sociétés en sommeil. Pourtant, sur un point la doctrine grecque est plus restrictive que celle française, car elle exige pour une mise en sommeil expresse par décision de la collectivité des actionnaires d'une société anonyme grecque (AE) leur unanimité, étant donné qu'il s'agit d'un abandon du but social<sup>2238</sup>. Mais il s'agit d'une exigence qui ne pose pas de

---

<sup>2234</sup> Ainsi E. Perakis, op. cit., p. 362.

<sup>2235</sup> V. Antonopoulos « Droit des sociétés de personnes », p. 230 (la cessation de l'activité de l'entreprise sociale n'emporte pas dissolution de la société). Il est d'ailleurs vrai que selon l'art. 772 AK (disposition sur la société civile de l'AK, mais de droit commun pour toutes les sociétés de personnes du droit grec) la société est dissoute si son but a été réalisé ou est devenu impossible, sans mention à l'abandon volontaire de ce but. Pourtant, on pourrait considérer que la décision de l'abandon du but serait une cause de dissolution, car l'élément essentiel de la société - la poursuite d'un but commun - ferait désormais défaut.

<sup>2236</sup> V. E. Perakis, op. cit., p. 362-363, V. Antonopoulos, « Droit de l'AE et de l'EPE », p. 59 suiv., 491 (insistant sur le *numerus clausus* impératif des causes de dissolution de la société anonyme - v. supra, Partie I). Il est aussi à noter que selon la conception dominante grecque même le but frauduleux de la société n'est pas une cause de nullité de la société anonyme.z

<sup>2237</sup> V. ainsi les développements du Pr. E. Perakis, p. 364 suiv. (selon l'auteur l'inertie de la société et l'abandon de l'objet social ne violent aucune règle de droit, on ne doit pas confondre fraude à la loi et habileté, les cas d'utilisation frauduleuse des sociétés en sommeil ne peuvent pas faire présumer la fraude pour toute société en sommeil).

<sup>2238</sup> Ainsi, au moins E. Perakis, p. 373-374. Le raisonnement est que l'opinion dominante grecque considère traditionnellement que le changement du but lucratif d'une AE en but non lucratif (v. supra, Partie I) se fait seulement à l'unanimité, car il y a atteinte au droit des actionnaires sur

problème, car le plus souvent la mise en sommeil se fait à l'unanimité du cercle restreint des actionnaires et en plus de façon informelle<sup>2239</sup>. La doctrine accepte d'autre part que la mise de la société en sommeil peut constituer un abus de droit, compte tenu de ses conséquences économiques et sociales néfastes, si elle ne présente aucune justification économique - mais il s'agit d'une piste de réflexion qui n'a pas été pour le moment exploitée<sup>2240</sup>. Plus problématique est en droit la mise d'une société en sommeil « intérieur », à savoir l'abandon de tout signe de vie avec la cessation du fonctionnement du mécanisme social, compte tenu notamment de la surveillance administrative sur les sociétés anonymes (AE) en droit grec ; des sanctions peuvent de la sorte être imposées soit à la société elle-même, le non dépôt au registre des comptes sociaux approuvés par l'assemblée pour trois exercices étant une cause de dissolution en justice de la société à la demande de tout intéressé, y compris expressément l'administration, soit à l'encontre de ses dirigeants<sup>2241</sup>. La doctrine grecque s'efforçait pourtant de minimiser les sanctions à l'égard de la société sous le régime antérieur à la réforme de 2007, selon lequel il y avait dissolution de la société pour inertie « interne » par révocation de l'acte administratif autorisant sa constitution (v. supra, Partie I), tout en constatant que les sanctions à l'encontre des dirigeants peuvent être évitées si ces derniers ont démissionné à temps<sup>2242</sup>. Ainsi, comme la doctrine dominante française, la doctrine grecque fait preuve d'un certain respect face aux sociétés en sommeil comme création de la pratique. On pourrait pourtant se demander combien ce phénomène

---

le bénéfique. A fortiori l'unanimité est par conséquent exigée en cas d'abandon total de l'activité sociale. Sur les problèmes de la nature juridique de la mise de la société en sommeil et la problématique de la doctrine allemande, v. E. Perakis, op. cit., p. 371-372. Pour ce même auteur (op. cit., p. 374), la mise de la société en sommeil ab initio n'est pas possible en droit grec, car les fondateurs n'ont pas un tel pouvoir, qui appartient seulement à l'organe de l'assemblée - pourtant, il y a le phénomène de sociétés nées en sommeil de facto.

<sup>2239</sup> E. Perakis, op. cit., p. 372, 379. V. aussi *ibid.*, p. 374 sur les pouvoirs du conseil d'administration ou du gérant de la société en cas de mise en sommeil de cette dernière.

<sup>2240</sup> E. Perakis, op. cit., p. 364-365, avec des références à la problématique de la doctrine grecque pour ce qui concerne l'application de l'art. 281 AK sur l'exercice de la « liberté générale ».

<sup>2241</sup> Selon l'art. 48, le non dépôt par la société anonyme de ses comptes sociaux de trois exercices approuvés par l'assemblée est une cause de dissolution judiciaire, à la demande de tout intéressé, y compris de l'administration. Ce cas de dissolution peut être appliqué aux sociétés en sommeil « interne ». Sur la surveillance administrative de la société anonyme grecque v. art. 53 L2190/1920 et supra, Partie I. Les sanctions à l'égard des dirigeants pour non observation des dispositions impératives du droit des sociétés peuvent être pénales ou administratives - v. supra, Partie I.

<sup>2242</sup> Sur la sanction de la dissolution de la société pour non dépôt à l'administration de comptes sociaux pour trois exercices selon le régime antérieur à la réforme de 2007, v. E. Perakis, op. cit., p. 375 *suiv.* (la dissolution était la conséquence de la révocation par l'administration de l'autorisation de la société ; pourtant, selon le Pr. Perakis, il s'agissait d'un pouvoir discrétionnaire de l'administration - non de compétence liée - qui ne devrait être exercé qu'à l'encontre de sociétés définitivement abandonnées). Sur les sanctions à l'égard des dirigeants en cas d'inertie « interne », v. E. Perakis, op. cit., p. 378-379.

juridique - constituant sans aucun doute une anomalie sur le plan conceptuel et formant un vivier de structures destinées à être utilisées trop souvent pour la poursuite facile d'activités illicites ou douteuses (v. infra, Section II de ce Chapitre) - mérite vraiment ce respect. D'autre part, toute utilisation d'une société inerte n'est pas licite en droit grec ; ainsi, l'existence d'une société qui n'a aucune activité dans les transactions et aucune organisation dans ce but est selon la jurisprudence et la doctrine grecques un des critères pouvant concourir à fonder l'abus de personnalité morale et la levée de cette dernière (v. supra pour les critères et les conséquences de l'abus de personnalité morale en droit grec) et une cause pour atteindre personnellement le maître de l'affaire ; on pourrait avoir recours à ce critère si le maître de l'affaire s'efforce d'invoquer à un moment d'une ou d'autre manière l'existence d'une telle société essentiellement inerte et coquille vide pour limiter sa responsabilité découlant de l'activité qui exerce essentiellement pour son compte personnel (invoquer p. ex. ex post qu'il agissait non à titre personnel en exploitant personnellement un navire dont il avait la possession comme armateur, comme il laissait comprendre les cocontractants, mais en tant que représentant de la société à risques limités coquille et inerte - société off-shore de provenance le plus souvent d'un « tiroir » et à navire unique - qui se présentait comme propriétaire du navire – v. supra sur les restrictions de la responsabilité de provenance d'activités maritimes et l'intérêt que peut avoir malgré cette restriction le recours à des sociétés à risques limitées, notamment à navire unique)<sup>2243</sup>. On pourrait de la sorte dire qu'avec ce critère d'absence d'activité et d'organisation d'une société le droit grec peut réprimer plus efficacement que le droit français certaines utilisations des sociétés essentiellement en sommeil et inertes. Pourtant, seule l'absence d'activité et d'organisation d'une société ne suffirait pas pour établir son caractère frauduleux, l'abus de personnalité morale et la responsabilité personnelle du maître de l'affaire ; c'est par la prise en compte de l'ensemble des circonstances dans chaque espèce que peut être établie l'utilisation d'une société par un maître de l'affaire dans le but de fraude à des droits des particuliers et l'abus de personnalité morale en résultant (v. supra) ou réputer que le maître de l'affaire a contracté essentiellement à son nom. En plus, dans la plupart des cas où la jurisprudence grecque évoque ce critère, elle refuse par la suite

---

<sup>2243</sup> V. p. ex. ainsi Epheteio (CA) Pirée 573/2004, précité, cet arrêt s'inscrivant dans cette ligne de la jurisprudence qui voit la simulation et l'absence d'activité et d'organisation des sociétés, avec le maître de l'affaire exploitant le navire pour son compte personnel, comme cas distincts de l'abus de personnalité morale et 606/2001 de la même cour sur l'absence d'activité et d'organisation comme critère d'abus de personnalité morale –v. supra sur ces distinctions.

d'accepter que la société de l'espèce jugée était inerte et le maître de l'affaire agissait essentiellement pour son compte personnel (v. supra sur cette jurisprudence)<sup>2244</sup>.

## **§ 2. Les montages instrumentalisant les sociétés dans le but de gestion ou de transmission d'un patrimoine**

L'utilisation des sociétés dans le cadre de montages visant à la gestion ou la transmission d'un patrimoine (y compris d'une entreprise vue dans son aspect patrimonial) est techniquement plus développée en France et davantage étudiée par la doctrine française qu'en Grèce (A) ; la réalité grecque présente toutefois en la matière des phénomènes intéressants, bien que souvent douteux, notamment par le moyen du recours aux sociétés off-shore s'activant en Grèce (B).

### **A. Les montages en cause en France**

#### **La gestion d'actifs immobiliers par le biais de sociétés en France**

Aujourd'hui en France la tendance est que tout immeuble présentant une certaine importance est exploité sous l'enveloppe juridique d'une société<sup>2245</sup>. Les sociétés sont de la sorte un moyen commode pour pouvoir échapper au principe d'unicité du patrimoine du droit français (v. supra, Partie I), en permettant l'isolement de certains biens et notamment d'immeubles du reste du patrimoine de l'intéressé<sup>2246</sup>. La pratique française consiste même à la constitution d'autant de sociétés que d'immeubles possédés par le même particulier<sup>2247</sup>. On rencontre en France des cas d'immeubles apportés à des sociétés de capitaux ayant un but de gestion patrimoniale, ce procédé ayant quelques avantages fiscaux sur la possession directe de l'immeuble. Ainsi, pour les contribuables les plus aisés les revenus de l'immeuble

---

<sup>2244</sup> V. ainsi p. ex. Epheteio (CA) Pirée 961/2005. Pour un cas dans lequel l'absence d'organisation interne de la société off-shore à navire unique en dehors de la personne du maître de l'affaire a été prise en compte avec d'autres critères pour fonder l'abus de personnalité morale et la levée de cette dernière v. Pol. Prot. (TGI) Pirée 1673/2003, précitée. V. aussi sur les sociétés sans activité ni organisation et leur relation avec les sociétés simulées la monographie précitée de K. Rigas, p. 77-80.

<sup>2245</sup> M. Cozian « Précis de fiscalité des entreprises », n° 1316.

<sup>2246</sup> M. Cozian- A. Viandier- Fl. Deboissy, n° 24, M.-H. Monsérié-Bon « La société civile, outil de séparation des patrimoines », « Droit et patrimoine », n° 128, juillet-août 2004, p. 75.

<sup>2247</sup> M. Cozian- A. Viandier- Fl. Deboissy, n° 1187.

à leur propriété seraient taxés à leur nom comme revenus fonciers selon les taux progressifs d'imposition, qui sont en France élevés pour les tranches les plus hautes du revenu ; par contre, l'imposition de ces revenus au nom de la société avec le taux proportionnel de l'impôt sur les sociétés pourrait être pour eux dans certains cas fiscalement avantageuse, notamment si les bénéficiaires demeurent dans la société, p. ex. en finançant des travaux sur l'immeuble ou l'expansion du parc immobilier du maître de l'affaire<sup>2248</sup> ; des avantages peuvent aussi exister pour les contribuables les plus aisés en cas de distribution des bénéfices de leur sociétés de capitaux immobilières, mais ils sont bien moindres, à cause de la double imposition –même atténuée (v. supra, Partie I)- des bénéfices distribués. Mais d'autre part la forme sociale de la SA, étant fiscalement opaque, ne leur permettrait pas traditionnellement de réaliser des économies fiscales en cas de déficits de l'exploitation de l'immeuble avec imputation de ces derniers sur l'assiette de leur impôt (v. pourtant le nouvel article 239 bis AB CGI permettant sous conditions aux sociétés de capitaux contrôlées par des personnes physiques d'opter pour le régime fiscal des sociétés de personnes avec sa semi-transparence fiscale). En plus, l'impératif pour le fonctionnement normal d'une telle société peut être assez lourd, notamment pour ce qui concerne la forme de la société anonyme, et ces sociétés sont impérativement commerciales par la forme, des facteurs qui jouent un rôle dissuasif pour le montage en cause. Ainsi aujourd'hui la forme de prédilection de la pratique et de la doctrine française pour la mise d'immeubles sous l'enveloppe juridique de sociétés est sans aucun doute la société civile immobilière (SCI), avec comme conséquence une véritable explosion du nombre de ces dernières<sup>2249</sup>. C'est parce que cette forme sociale, malgré le désavantage de la responsabilité indéfinie des associés pour ses dettes (art. 1857-1860 C. civ.), présente une souplesse très commode, laissant une place très importante à la liberté statutaire pour

---

<sup>2248</sup> V. M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy, no 23, plus généralement sur les avantages fiscaux de la société de capitaux soumise à l'IS sur l'exploitation individuelle, notamment pour ce qui concerne l'autofinancement, si l'exploitant est imposable selon les taux les plus hauts de l'échelle progressive, et l'intérêt en découlant dans ce cas de la mise d'exploitations individuelles sous la forme de telles sociétés.

<sup>2249</sup> M. Cozian- A. Viandier- Fl. Deboissy, n° 1186, « La société civile, outil de gestion patrimoniale », Dossier « Droit et patrimoine », n° 128, juillet-août 2004, p. 63 suiv. et pour les différentes modalités d'utilisation de la société civile immobilière, M. Cozian « Précis de fiscalité des entreprises », n° 1887 suiv. Selon M. Cozian- A. Viandier- Fl. Deboissy, n° 1187, on compte aujourd'hui en France plus d'un million de sociétés civiles immobilières, le rythme des créations s'amplifiant d'une année sur l'autre. Sur la pratique de la transformation en SCI de sociétés en sommeil avec un actif immobilier important v. M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy no 478 et sur les dangers de la transformation d'une société de capitaux à prépondérance immobilière en SCI v. M. Cozian « Précis » no 1609.

son organisation interne, tout en échappant aux rigueurs de la commercialité<sup>2250</sup>. Elle offre d'ailleurs la possibilité d'un choix entre le régime fiscal des sociétés de personnes et celui des sociétés de capitaux, entre autres avantages fiscaux, l'avantage principal en cas de choix pour le régime de principe de taxation de sociétés de personnes étant la possibilité d'imputer au revenu personnel des associés les déficits éventuels des premières années de l'exploitation de l'immeuble, notamment en cas de réparations, et d'obtenir ainsi une économie fiscale pouvant être substantielle. Il est pourtant d'autre part vrai que plus généralement les autres avantages fiscaux de la mise d'immeubles sous l'enveloppe juridique de sociétés, notamment pour ce qui concerne la cession des droits sociaux à titre onéreux par rapport à la cession de l'immeuble lui-même, ont été diminués par rapport au régime applicable au passé, comme résultat de la réaction de l'administration fiscale et des interventions du législateur dans le but de faire échec à des montages grossiers de fraude fiscale. Ainsi, dans le passé la transmission d'un immeuble par le biais de la cession à titre onéreux des droits sociaux de la société à laquelle l'immeuble était apporté présentait des avantages fiscaux par rapport à la cession directe du bien, car la cession des actions ou des parts sociales à titre onéreux est soumise à des droits d'enregistrement à un taux moindre que la cession des immeubles (v. supra Partie I- il est vrai toutefois que dans le passé la différence entre la cession de l'immeuble et celle de la cession de parts sociales n'était pas tellement importante du point de vue des droits d'enregistrement) ; pourtant, depuis 1999 le législateur français a imposé à un degré important la neutralité fiscale en la matière (v. ainsi notamment art. 726-II CGI, prévoyant pour la cession à titre onéreux des titres des sociétés à prépondérance immobilière un taux de droits d'enregistrement presque identique à celui prévu pour la cession de l'immeuble lui-même, mais aussi art. 150 UB CGI sur la taxation de la plus-value résultant de la cession de droits sociaux de sociétés à prépondérance immobilière)<sup>2251</sup>. Il est aussi à noter que l'apport de l'immeuble par une personne physique à

---

<sup>2250</sup> M. Cozian-A. Viandier-FI. Deboissy, n° 1189, soulignant toutefois les dangers qui peuvent résulter pour les associés des sociétés civiles immobilières par le manque de règles, les associés ayant de la sorte tout intérêt à prévoir de telles règles statutaires. V. aussi *ibid.* sur l'intérêt que peut avoir l'observation d'une comptabilité régulière dans ces types de sociétés.

<sup>2251</sup> V. aussi plus généralement sur la fiscalité des sociétés propriétaires d'immeubles importants par rapport à celle de la possession directe de l'immeuble par les particuliers v. M. Cozian «Précis de fiscalité des entreprises», n° 506-507 (sur la neutralité fiscale par rapport à la cession de l'immeuble par un propriétaire personne physique de l'imposition des plus-values nées de la cession de l'immeuble lui-même par la société civile et la cession de ses parts sociales par un associé personne physique, si la société civile est à prépondérance immobilière et soumise à l'impôt sur le revenu, avec définition de la société à prépondérance immobilière pour ce qui concerne la taxation des plus-values), 513 *suiv.* (fiscalité des plus-values dégagées par les particuliers lors de la cession de leurs valeurs mobilières, la cession des actions après l'apport d'un immeuble à une SA ne semblant pas plus favorable fiscalement que la cession directe de l'immeuble), 1339 *suiv.*, (droits d'enregistrement en cas de cession des droits sociaux d'une société à prépondérance immobilière, avec la définition de la

une société soumise à l'impôt sur les sociétés (en principe une société de capitaux) est lui aussi soumis aux droits d'enregistrement, au taux normal de toute cession d'immeuble (cinq pour cent sur sa valeur), dans le but de déjouer des montages de fraude fiscale même en dehors de sociétés à prépondérance immobilière (art. 809 CGI) ; par contre, l'apport à une société civile immobilière relevant de l'impôt sur le revenu est fiscalement gratuit du point de vue des droits d'enregistrement, chose contraire à la neutralité fiscale et facteur très favorable pour le montage de l'apport d'immeubles à de telles sociétés<sup>2252</sup>. En tout cas, sur le plan plus strictement juridique, l'apport d'un immeuble à une société à prépondérance immobilière –normalement société civile- opère en fait une substitution des parts sociales à l'immeuble lui-même dans le patrimoine de l'apporteur, en permettant ainsi de cumuler la propriété économique (indirecte) de l'immeuble avec les avantages de la propriété mobilière sur les parts sociales ; on parle ainsi parfois en France à l'occasion des parts des sociétés civiles immobilières de « pierre-papier », le procédé de la mise d'immeubles sous l'enveloppe de telles sociétés ayant comme résultat la transformation de la pierre en « papier »<sup>2253</sup>. La doctrine française estime aussi que la mise de l'immeuble sous forme de sociétés civiles a des avantages par rapport aux autres formes sociales pour ce qui concerne la réalisation d'autres montages, les contribuables allant jouer avec les parts sociales substituées à l'immeuble comme d'autres jouent aux cartes<sup>2254</sup>. Il est en plus vrai que l'utilisation des sociétés civiles dans le but de séparer le parc immobilier du reste de l'actif est aussi très fréquente en France dans le cadre des entreprises, avec organisation d'une structure duale, avec une société d'exploitation et une société civile propriétaire des immeubles de l'entreprise et émergence de la sorte d'une forme de micro-groupe de sociétés. La société civile immobilière loue dans le cadre de ce montage ses immeubles à la société d'exploitation, en utilisant le cas échéant les loyers pour rembourser l'emprunt par le biais

---

société à prépondérance immobilière pour l'application des règles sur les droits d'enregistrement), 1348 suiv. (sur les droits de mutation à titre gratuit), 1888 suiv. (point de vue d'ensemble sur la société civile immobilière). V. aussi B. Plagnet, « Les enjeux fiscaux des sociétés civiles », in « Droit et patrimoine », n° 128, juillet-août 2004, p. 64, Fl. Deboissy- S. Quilici, « Optimisation fiscale et SCI », Actes pratiques ing. sociétaire, 2009, n° 103.

<sup>2252</sup> Pourtant, la société relevant de l'IS - débiteur comme cessionnaire des droits d'enregistrement dus à cause de l'apport- est exempte de ce coût s'il y a apport par une personne physique de l'ensemble de l'actif immobilisé affecté à l'exercice de l'activité professionnelle, la société prend en charge le passif grevant l'immeuble et l'apporteur prend l'engagement de conserver ses titres pendant trois ans. V. sur le régime des apports d'immeubles à des sociétés M. Cozian « Précis... », nos 1524-1536, avec un exemple chiffré pour l'apport d'un immeuble à une SCI relevant ou ne relevant pas de l'impôt sur le revenu.

<sup>2253</sup> Ainsi M. Cozian « Précis... », no 1890. V. aussi M. Cozian-A. Viandier--Fl. Deboissy, n° 1187, observant que « au fond, la mise en société vaut dématérialisation de l'immeuble désormais représenté par des parts sociales ; et l'on va jouer avec ces parts, en les battant et en les redistribuant, comme d'autres jouent aux cartes ».

<sup>2254</sup> Ainsi M. Cozian, *ibid.*



duquel l'immeuble a été acquis ou construit. La structure duale permet une meilleure surveillance comptable et une meilleure gestion de l'immeuble, mais surtout vise à préserver l'immeuble face aux aléas de l'entreprise sociétaire et au risque d'une défaillance de cette dernière ; c'est d'ailleurs une modalité pour offrir une meilleure assiette de garantie à l'organisme qui a financé l'acquisition ou la construction de l'immeuble<sup>2255</sup>. La société civile est aussi largement utilisée en France dans le cadre de l'organisation de la transmission successorale d'immeubles. Le parent apporte ainsi la nue-propriété de son actif immobilier à une société civile immobilière constituée entre lui et ses enfants (ces derniers faisant le plus souvent des apports symboliques) tout en en maintenant l'usufruit. Il procède par la suite à la donation- partage des parts de la société civile à ses enfants. A la mort du parent, la société civile se verra pleine propriétaire de l'immeuble. L'avantage juridique principal de cette technique est qu'on évite les inconvénients de l'indivision successorale sur l'immeuble ; l'apport de l'immeuble à la société avec maintien de l'usufruit présente toutefois aussi et peut-être surtout –malgré la tendance du législateur vers la neutralité fiscale de principe en la matière (v. supra)- des avantages fiscaux par rapport au maintien de l'usufruit avec donation de la nue-propriété sur l'immeuble lui-même aux enfants<sup>2256</sup>.

L'étendue de l'utilisation des sociétés dans le but de gestion ou de transmission d'un patrimoine, notamment immobilier, en France a créé une nouvelle réalité juridique, une partie de la doctrine soutenant que l'utilisation de la société comme technique d'organisation du patrimoine peut désormais être vue sur un pied d'égalité avec sa destination classique

---

<sup>2255</sup> M. Cozian- A. Viandier- Fl. Deboissy, n° 1187 et sur l'aspect fiscal, M. Cozian « Précis... » nos 1845 suiv. (constatant qu'après 2006 il y a diminution de l'intérêt fiscal pour le montage en cause), du même auteur « Société civile immobilière - société d'exploitation : est-ce vraiment un couple infernal », JCP E 1997, n° 10, Ch. Cutajar « Le montage société civile immobilière / société d'exploitation à l'épreuve de l'extension jurisprudentielle de la procédure collective », Bull. Joly sociétés 1999, § 247.

<sup>2256</sup> M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy, n° 1190, M. Iwanenko, « Apport en nue-propriété d'immeubles et sociétés civiles : du nouveau ? », in « Droit et patrimoine », n° 128, juillet-août 2004, p. 82. L'avantage fiscal principal était pendant longtemps qu'on pouvait éviter l'application du barème légal de l'art. 669 CGI concernant les droits de mutation à titre gratuit ; ce barème est fondé sur l'âge de l'usufruitier et était pendant longtemps (jusqu'en 2004) non actualisé, en conduisant ainsi à une surévaluation de la nue-propriété donnée, avec comme conséquence l'augmentation de la charge fiscale de la donation de la nue-propriété aux enfants. Malgré cette actualisation, le montage en cause maintient encore un intérêt fiscal, parce que même aujourd'hui ce barème n'est pas réputé particulièrement favorable aux contribuables. Ainsi l'apport de la nue-propriété à une société civile, acte réputé à titre onéreux (v. supra sur la fiscalité des apports en société, notamment pour ce qui concerne les droits d'enregistrement) suivie par la donation-partage des parts de la société aux enfants, avec calcul des droits dus pour ce dernier acte sur la base de l'actif net de la société, qui n'a essentiellement comme actif que la nue-propriété de l'immeuble apporté, avec prise en compte cette fois de la valeur économique réelle de cette dernière, est fiscalement moins chère que la donation-partage directe de la nue-propriété aux héritiers présomptifs, l'application de l'art. 669 se trouvant évincé. L'utilisation du montage en cause pour des raisons fiscales –autrement dit pour contourner l'application de l'art. 669 CGI- pose bien sûr le problème d'un éventuel abus de droit- fraude à la loi fiscale, d'où le besoin pour les personnes y ayant recours de pouvoir invoquer aussi un intérêt autre que fiscal (v. infra).

de technique d'organisation de l'entreprise<sup>2257</sup>. Il est d'ailleurs vrai qu'une partie du monde juridique français s'est beaucoup impliqué dans ces constructions, en donnant même parfois une certaine dimension idéologique aux démêlés des particuliers y ayant recours avec l'administration fiscale, des démêlés ayant souvent fait leur apparition à l'occasion des montages en cause (v. infra)<sup>2258</sup>. Le législateur français lui-même a par ailleurs introduit certaines formes spéciales de sociétés civiles destinées à être les formes juridiques d'immeubles<sup>2259</sup>. La licéité de principe de la mise d'immeubles sous la forme juridique de sociétés et la destination de ces dernières à être des formes juridiques de patrimoines « segmentés » n'est pas par conséquent aujourd'hui contestée en France<sup>2260</sup>. Ainsi, les sociétés civiles immobilières utilisées dans le cadre d'entreprises dans le but de séparation de l'actif immobilier de l'entreprise et de la segmentation des risques ne sont pas réputées par la jurisprudence française comme ipso facto fictives ou frauduleuses ; la même solution de principe vaut pour les sociétés civiles immobilières et les montages autour d'elles ayant comme but d'organiser la succession d'un contribuable quant à son patrimoine immobilier<sup>2261</sup>. Il est d'autre part vrai que les sociétés en cause sont fortement atypiques par rapport à la conception de la société comme forme juridique d'entreprises, mais aussi à la définition de la société dans l'art. 1832 C.civ. : la finalité principale de ces sociétés n'est pas

---

<sup>2257</sup> M. Cozian-A. Viandier-FI. Deboissy, n° 24.

<sup>2258</sup> V. p. ex. P. Fernoux, « SCI et démembrement de propriété : contribuables... Résistez ! », in « Droit et patrimoine », n° 60, mai 1998, p. 29.

<sup>2259</sup> M. Cozian-A. Viandier-FI. Deboissy, n° 1229, P. Didier, t. 2, p. 74 suiv. V. aussi M. Cozian-A. Viandier-FI. Deboissy, *ibid.*, soulignant que par le biais des sociétés civiles de droit commun et de types spéciaux et par la possession d'un nombre imposant d'immeubles par ces sociétés, il y a apparition d'une nouvelle variante de la mainmorte du droit de l'Ancien Régime français, institution juridique honnie par la Révolution. Plus proches aux sociétés civiles du droit commun sont les sociétés civiles d'attribution (art. L212-1 à L212-13 CCH) et les sociétés civiles d'attribution d'immeubles en jouissance à temps partagé (L n° 86-16, 6 janvier 1986). Par contre, les sociétés civiles de construction-vente et surtout les sociétés civiles de placement immobilier (respectivement L211-1 suiv. CH et L214-50 suiv. C.mon.fin.) sont des expressions juridiques d'entreprises s'activant dans le secteur immobilier, les secondes pouvant même faire appel à l'épargne, ne constituant pas essentiellement des sociétés civiles et étant, selon M. Cozian- A. Viandier- FI. Deboissy, des « monstres » juridiques.

<sup>2260</sup> V. supra les références à la société comme technique d'organisation du patrimoine et de segmentation de risques. Selon M. Cozian-A. Viandier-FI. Deboissy, n° 1187, 30% du nombre total des sociétés en France sont des sociétés civiles immobilières. Ces auteurs expriment d'autre part quelques doutes et une inquiétude sur la mode de la mise d'immeubles sous la forme juridique de sociétés civiles et le rythme d'expansion du phénomène.

<sup>2261</sup> V. p. ex. pour la licéité de principe de la première catégorie C. cass. Ch. Com. 10 mai 2005, RJDA 10/2005, no 1113, rejetant une confusion de patrimoines ipso facto sur le seul fondement de la dépendance financière de la société immobilière par la société d'exploitation et les loyers que cette dernière lui versait ; pour la licéité de principe de la seconde v. C.cass. Ch. Com. 3 oct. 2006, Botherel, Dr. fisc. 2007, 302, note P. Fernoux, 26 mars 2008, Bull. Joly soc., p. 621, note J-P Garçon, 28 mai 2008, Dr. fiscal 2008, no 24, com. 378, ces derniers arrêts rejetant l'abus de droit fiscal- fraude aux droits du fisc dans le cas de montages en cause, en relevant que ces derniers avaient dans les espèces jugées des motifs autres que fiscaux, notamment d'éviter les aléas de l'indivision successorale. V. aussi M. Cozian-A. Viandier-FI. Deboissy nos 158, 1190.

de former une communauté de résultats et de décisions correspondant à une communauté de risques, mais de segmenter les risques, en séparant du reste du patrimoine d'un particulier ou d'une entreprise ses immeubles. Le paradoxe est patent dans le cadre des sociétés civiles auxquelles est apportée la nue-propriété de l'immeuble, car il s'agit de sociétés sans activité, même de gestion d'un immeuble<sup>2262</sup>. C'est pourquoi on peut considérer que l'utilisation ou mieux instrumentalisation de l'impératif nécessaire pour la mise en place et le fonctionnement de ces sociétés est constitutive d'un montage comme nous les entendons. D'ailleurs, la reconnaissance de la licéité des sociétés en cause est seulement une solution de principe. C'est d'abord parce que la segmentation des risques par la mise d'un bien sous le manteau juridique d'une société a un « prix », sous la forme d'exigences minimum que pose le droit pour la reconnaissance de l'effet escompté, des exigences que les particuliers n'entendent pas dans plusieurs cas respecter ; c'est en second lieu parce que l'« optimisation fiscale » tant vantée et poursuivie par les montages en cause côtoie souvent tout simplement la fraude fiscale. L'administration fiscale française réagit ainsi aux montages impliquant les sociétés civiles immobilières, de sorte qu'une « guerre juridique » se déroule entre celle-ci et les contribuables ainsi que les conseillers juridiques de ces derniers. Finalement, au grand regret de certains juristes français, la jurisprudence française des années 2000 a durci son attitude à l'égard de certains de ces montages, malgré son acceptation de principe de la mise d'immeubles sous forme juridique de sociétés<sup>2263</sup>. Sur le terrain du droit des sociétés, l'enjeu majeur est celui de la fictivité de la société à prépondérance immobilière, la fictivité emportant aussi abus de droit fiscal-simulation selon l'article L64 LPF (v. supra Partie I). Ainsi, une telle société ne présentant aucun fonctionnement, ne respectant pas les règles du jeu sociétaire et comptable, ne disposant pas de moyens nécessaires pour la gestion de son patrimoine et évidemment constituée dans le seul but d'« optimisation fiscale » n'échapperait pas à la qualification de fictive<sup>2264</sup>. Il est à rappeler que les associés d'une telle société ne peuvent en aucun cas

---

<sup>2262</sup> M. Cozian- A. Viandier-FI. Deboissy, n° 24, et n° 1229, sur la comparaison du phénomène avec la mainmorte de l'Ancien Régime.

<sup>2263</sup> M. Cozian- A. Viandier- FI. Deboissy, n° 24, et n° 1190, M. Cozian « Abus de droit, apport-cession et apport-donation : la Cour de cassation serait-elle en train de perdre le cap ? » in « Hommage à Maurice Cozian », p. 47 suiv. V. aussi l'arrêt précité de M. Iwanenko.

<sup>2264</sup> M. Cozian- A. Viandier- FI. Deboissy, n° 1190, v. en ce sens Ch. com. C. cass. 15 mars 2007- Sommier, RJF 2007, n° 126, obs. O. Débat, et plus particulièrement sur les SCI 13 janvier 2009, Dr. sociétés, n° 66, obs. M.-L. Coquelet, Revue des contrats, 2009, p. 1183, obs. Ph. Neau-Leduc. Dans la dernière espèce, l'un des associés avait fait à la société civile l'apport de la nue-propriété d'un immeuble, l'autre ayant apporté un montant faible d'argent. Le premier associé avait fait donation au second l'essentiel des parts qu'il détenait dans la SCI peu de temps après la constitution de la société, le montage étant par la suite contesté par l'administration fiscale sur le fondement de l'abus de droit fiscal. Le point de vue de l'administration a été adopté par les juges du fond et la Cour

invoquer contre l'administration fiscale la fictivité de leur société à leur profit<sup>2265</sup>. Pour ce qui concerne le droit des procédures collectives, les tribunaux peuvent étendre à la société civile immobilière la procédure collective ouverte contre la société d'exploitation sur le fondement soit de la fictivité, soit de la confusion des patrimoines entre les sociétés du groupe (L621-2 C.com), non ipso facto, mais si les éléments essentiels de ces notions sont réunis dans les sociétés en cause (v. supra Partie I)<sup>2266</sup>. La jurisprudence française accepte d'ailleurs aussi directement la fraude au droit fiscal pour certains montages de mise d'immeubles dans l'enveloppe juridique de sociétés dans lesquels les participants ont pourtant pris les précautions nécessaires pour exclure la fictivité ; elle a ainsi donné raison sur le fondement de l'abus de droit- fraude à la loi à l'administration fiscale dans les cas où les contribuables n'ont pas pu apporter la preuve d'un motif autre que fiscal dans leurs constructions juridiques passant par la mise d'immeubles sous le manteau de société<sup>2267</sup>. La

---

de cassation a rejeté le pourvoi formé contre leur décision, en considérant que « l'arrêt relève, par motifs propres et adoptés, que la SCI n'avait pour objet, ni la recherche des profits, ni la réalisation d'économies, dès lors que les grosses réparations restaient à la charge du nu-propriétaire ; qu'il constate que son actif était uniquement composé d'un actif en nue-propriété et qu'elle ne disposait d'aucun moyen financier pour assurer la gestion de son patrimoine... ; qu'il retient que sa création, par un apport de la nue-propriété des biens immobiliers, suivie, à peu de temps d'intervalle, de la donation de la majorité des parts de M. de X... à M. Y... dissimulait une donation indirecte afin d'éluder le barème de l'art. 762 CGI ». La Cour de cassation a considéré sur ce fondement que la société civile en cause était fictive et constitutive d'abus de droit fiscal. Selon M. Cozian (« Précis... », no 1894), l'abus de droit- simulation du droit fiscal est utilisé contre « les plus naïfs... si la société n'est qu'un être fictif, un simple chiffon de papier ; pas d'assemblée générale, pas de comptabilité, parfois même pas de compte bancaire au nom de la société ».

<sup>2265</sup> Ainsi l'arrêt Lumale de la Chambre commerciale (16 juin 1992, D. 1993, p. 508, note L. Collet). C'est avec cet arrêt que la ligne jurisprudentielle rejetant l'inexistence des sociétés fictives et retenant leur nullité (inopposable aux tiers de bonne foi, dont l'administration fiscale) s'est fixée.

<sup>2266</sup> V. M. Cozian-A. Viandier - Fl. Deboissy, no 158 et l'article précité de Ch. Cutajar. Il est à noter que seules la communauté d'associés et de sièges sociaux ou le caractère des loyers comme ressources exclusives de la SCI ne suffisent pas pour la caractériser comme fictive ou anormale. V. M. Cozian « Société civile immobilière - société d'exploitation », article précité. Pour un cas de figure dans lequel la jurisprudence a retenu la confusion de patrimoines entre société civile immobilière et société d'exploitation v. C.cass. Ch. Com. 7 janvier 2003, BRDA 4/2003, no 5 (dans cette affaire la société d'exploitation avait cessé de payer de loyers à la société civile immobilière- "soeur" trois ans avant le dépôt du bilan de la première, sans aucune contrepartie pour cette dernière ni aucune réaction de sa part, les juges ayant de la sorte admis que l'existence de flux financiers anormaux entre les deux sociétés étaient bien établie).

<sup>2267</sup> Dans ces cas la jurisprudence a retenu l'abus de droit - fraude à la loi fiscale du régime de l'art. 64 LPF avant la réforme de 2008. V. en ce sens Ch. com. C. cass. 16 nov. 2004, JCP E 2005, 278, note H. Hovasse (l'existence d'un enfant unique excluait la justification du montage d'apport de la nue-propriété de l'immeuble à une SCI suivi de la donation des parts de cette dernière à l'enfant unique sur le fondement de l'intérêt d'éviter les désavantages de l'indivision), 31 octobre 2006, SA Audit Sud-Est, RJF 2007, n° 246, 20 janvier 2007, JCP E 2007, 1698, note H. Hovasse. Sur le caractère "subsidaire" du recours à la fraude, à l'égard des associés ayant respecté la « liturgie » juridique et comptable de leur société civile immobilière, v. M. Cozian « Précis... », no 1894, à l'occasion du montage -déconseillé par l'auteur - de l'apport d'un immeuble à une SCI suivi par la conclusion d'un contrat de bail entre cette dernière et ses associés, dans le souci de combiner

fraude paulienne avec ses conséquences n'est pas non plus exclue pour certains montages visant à mettre des immeubles à l'abri des créanciers de particuliers par le biais de la création de sociétés civiles immobilières et apport à elles de leurs immeubles, des montages rendant plus difficile l'exercice des droits des créanciers notamment par la difficulté de négocier les parts sociales éventuellement saisies (v. supra Partie I sur les conditions et les conséquences de la fraude paulienne en droit français)<sup>2268</sup>. La doctrine française insiste toutefois toujours sur la distinction entre optimisation et fraude fiscale en la matière, ainsi que sur ce que dans les constructions utilisant des sociétés civiles immobilières la fraude n'est pas présumée<sup>2269</sup>.

### **La gestion de valeurs mobilières par le biais de sociétés**

La pratique française connaît assez souvent le phénomène de l'expression juridique et de gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières par le biais d'une société constituée exclusivement dans ce but<sup>2270</sup>. Cette utilisation des sociétés est réputée offrir les avantages d'une optimisation de la gestion des portefeuilles des valeurs mobilières<sup>2271</sup>. Dans ce cas, il s'agit essentiellement de sociétés holdings destinées à la gestion du portefeuille de valeurs mobilières<sup>2272</sup>. Les formes juridiques que peuvent prendre ces sociétés de gestion sont diverses, y compris la société civile<sup>2273</sup>. On devrait toutefois distinguer entre d'une part les sociétés de portefeuille ayant comme but la simple gestion patrimoniale d'un portefeuille de

---

segmentation de risques et avantages fiscaux, notamment l'imputation dans une certaine mesure des déficits initiaux de la société engendrés par les travaux de réparation de l'immeuble sur leur assiette imposable; si les associés respectent selon l'expression de l'auteur la "liturgie juridique et comptable" et la fictivité est ainsi exclue, c'est la conclusion du contrat du bail entre la société et ses associés qui rend la construction artificielle et établit la fraude à la loi fiscale.

<sup>2268</sup> V. ainsi C.cass. 3<sup>ème</sup> Ch. Civ. 20 déc. 2000, Bull. Joly soc. 2001, p. 305, note H. Le Nabasque, 12 oct. 2005, BRDA 1/2006, no 2, 9 févr. 2010, Dr. soc. 2010, no 68, obs. H. Hovasse (cette dernière espèce concernait un effort d'organisation d'insolvabilité par le biais non d'apport, mais de vente d'un immeuble à une SCI créée ad hoc). Sur la SCI et la fraude paulienne v. M. Cozian-A. Viandier-FI. Deboissy, no 1191.

<sup>2269</sup> M. Cozian- A. Viandier- FI. Deboissy, n° 1190. Pourtant, selon M. Cozian (« La Cour de cassation est-il en train... », article précité, p. 53), un auteur peu soupçonné pour attitude hostile à l'égard de l'« habileté fiscale » et les montages l'exprimant, écrivant à l'occasion du montage de la mise de la nue-propriété d'un immeuble sous forme de SCI, « quel que soit le caractère obsolète de la loi, l'idée d'une fiscalité à deux vitesses ne semble plus susciter davantage l'enthousiasme des magistrats de la Cour de cassation : le strict respect du barème légal pour le commun des contribuables ... l'application de l'avantageuse évaluation économique pour les contribuables bien conseillés, grâce à un astucieux montage d'optimisation fiscale. L'habileté fiscale est bien sûr une vertu, mais sous réserve de ne pas dépasser une ligne jaune dont la matérialisation restera toujours sujette à caution ».

<sup>2270</sup> M. Cozian- A. Viandier- FI. Deboissy, nos 24, 1188.

<sup>2271</sup> M. Cozian-A. Viandier-FI. Deboissy, no 1188.

<sup>2272</sup> M. Cozian-A. Viandier-FI. Deboissy ibid.

<sup>2273</sup> P. Berger « La société civile de portefeuille » in « Droit et patrimoine », n° 128, juillet-août 2004, p. 87 suiv.

valeurs mobilières que nous étudions à cette place et d'autre part les holdings destinées à avoir une participation active dans la marche de la société à laquelle elles participent, notamment dans le cadre de groupe de sociétés (v. supra, Chapitre précédent) –bien qu'il soit certain qu'on peut rencontrer de nombreuses situations intermédiaires. Ce qui est aussi sûr est que la licéité de principe de ces sociétés semble aujourd'hui acquise en droit français, comme c'est plus généralement le cas avec les sociétés holdings, la matière présentant d'ailleurs moins de problèmes, notamment du point de vue de l'administration fiscale, que celle de sociétés à prépondérance immobilière ; l'éventualité du concours d'un abus de droit fiscal par le biais du recours à de telles sociétés n'est pas pourtant exclue dans certaines situations, si la fictivité de la société ou le motif exclusivement fiscal de sa constitution sont établis<sup>2274</sup>. Les sociétés en cause participent en tout cas au mouvement général de l'utilisation des sociétés comme technique de gestion d'un patrimoine, mouvement d'ailleurs de contestation dans les faits du principe traditionnel du droit français de l'unité du patrimoine<sup>2275</sup>. Une fois de plus, il s'agit d'une utilisation de l'impératif sociétaire nécessaire pour mettre en place et faire fonctionner une société dans un but atypique par rapport à celui de constituer la forme juridique d'une entreprise, donc d'un montage comme nous les entendons, un montage aujourd'hui fréquemment pratiqué et reconnu par la doctrine et la jurisprudence françaises.

#### **La transmission d'une entreprise en société au sein de la même famille par le biais de l'utilisation d'une société holding**

La pratique française connaît le phénomène de l'organisation de la transmission d'une entreprise ayant la forme d'une société au sein de la même famille par le biais du recours à une autre société fonctionnant comme holding de reprise<sup>2276</sup>. Les problèmes qu'on s'efforce de résoudre avec ce procédé sont ceux d'une transmission graduelle du pouvoir à un successeur désigné - avec exclusion des autres membres de la famille et du régime

---

<sup>2274</sup> V. ainsi Ch. com. C. cass. 15 mai 2007, Sommier, précité, ayant retenu l'abus de droit -simulation d'une opération d'apport de la nue-propriété d'un portefeuille de valeurs mobilières d'un parent à une société civile de portefeuille constituée entre lui et ses deux enfants, suivi par la donation-partage des parts de la société aux derniers. Pour retenir la fictivité de la société les juges ont relevé l'absence d'apports essentiels à la société de la part des enfants et leur aveu qu'ils n'avaient pas d'intention véritable d'associé, le maintien du contrôle du portefeuille étant destiné à demeurer entre les mains de leur mère ainsi que le défaut de fonctionnement de la société, manifesté par l'absence de tout acte sur le portefeuille apporté entre la constitution et la donation-partage, l'opération ayant ainsi comme seul but de diminuer les impôts dus pour la transmission de la nue-propriété et le maintien de l'usufruit.

<sup>2275</sup> M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy, no 24.

<sup>2276</sup> J.-Ph. Dom, thèse précitée, nos 260 suiv., 812, R. Gentilhomme « La dissociation du pouvoir et de l'avoir dans la transmission familiale de l'entreprise sociétaire », in « Droit et patrimoine », sept. 2007, p. 46 suiv., H. Bardet- A. Beetschen- A. Charvériat- B. Gouthière « Les holdings », précité.

juridique d'indivision successorale, qui traditionnellement pouvait mettre en danger le maintien du pouvoir dans l'entreprise au sein de la famille (mais le nouvel art. 821 C.civ., tel qu'il résulte après une réforme de 2006, prévoit une possibilité d'exclusion du partage de l'entreprise en indivision, y compris pour ce qui concerne les droits sociaux, par décision judiciaire, à la demande du conjoint survivant ou, en cas d'existence d'héritiers mineurs, de tout héritier), le transfert final du pouvoir à l'héritier le plus compétent pour continuer l'entreprise, le respect des intérêts patrimoniaux de ces héritiers qui vont être exclus du pouvoir et le maintien aux commandes du maître de l'affaire jusqu'à l'étape finale du transfert du pouvoir<sup>2277</sup>. Il est évident que dans le cadre de ces opérations, l'entreprise est vue principalement dans son aspect patrimonial, de la succession familiale ou même « dynastique », non comme une entité économique et sociale englobante ; il est toutefois vrai que la dimension organisationnelle de l'entreprise fait aussi son apparition dans les montages en cause avec la recherche d'une dévolution du pouvoir à un successeur unique choisi et exclusion des autres héritiers<sup>2278</sup>. Plus particulièrement, on peut recourir à un regroupement des titres du maître de l'affaire avec détention de la majorité des titres de la société familiale par une holding dont la majorité du capital va finalement être acquise par l'héritier choisi comme successeur, de sorte que ce dernier peut indirectement exercer le contrôle dans la société familiale<sup>2279</sup>. Dans un autre montage visant à organiser la succession, le procédé de base utilisé dans ce but est la donation-partage des parts ou actions de l'entrepreneur à ses enfants avec maintien de leur usufruit par le premier (v. supra sur l'usufruit sur droits sociaux en droit français et ses utilisations possibles dans le cadre de montages). La nue-propriété des droits sociaux appartenant maintenant à l'héritier choisi comme successeur va par la suite être apportée à une holding créée ad hoc. A cette même holding va aussi être apporté l'usufruit sur ces droits sociaux maintenu par le parent, de sorte que la pleine propriété des droits sociaux sera reconstituée au niveau de la holding. Comme rémunération de son apport, le parent va recevoir l'usufruit des droits sociaux de la holding, tandis que le successeur choisi va maintenir la nue-propriété des titres de la holding. Les droits sociaux de la société « cible » ayant été donnés aux héritiers destinés à être exclus du pouvoir vont être cédés à la holding, contre une rémunération financée par le moyen de l'endettement de cette dernière. La dette de la holding sera remboursée par le

---

<sup>2277</sup> R. Gentilhomme, op. cit., p. 46-47. Plus généralement sur l'indivision dans la transmission d'entreprises après la réforme de 2006 v. M. Storck « L'indivision successorale et la transmission d'entreprises », LPA 28 juin 2007. V. aussi J. Monnet « La continuation de l'entreprise par un héritier » in « La réforme du droit des successions et la transmission des entreprises », LGDJ 2008, p. 77 suiv.

<sup>2278</sup> R. Gentilhomme, op. cit., p. 47.

<sup>2279</sup> H. Bardet- A. Beetchen- A. Charvériat- B. Gouthière, op. cit., no 32.

biais des recettes produites au niveau de la société « cible », recettes qui vont lui être distribuées comme elle est la propriétaire de l'ensemble des droits sociaux appartenant au début de l'opération à l'entrepreneur - maître de l'affaire<sup>2280</sup>. La forme sociétaire choisie pour la société holding peut varier, sans exclusion de la forme de la société civile<sup>2281</sup>. La forme juridique de la cible peut aussi jouer un rôle important, la SAS notamment pouvant faciliter les montages de reprise avec les possibilités qu'elle offre de dissociation du pouvoir et de l'avoir, comme l'émission d'actions à droit de vote plural ; dans les SA, les montages de reprise intrafamiliale sont d'autre part facilités par l'émission d'actions de préférence<sup>2282</sup>. Les difficultés juridiques et fiscales de l'opération en cause sont réputées tolérables par la doctrine française<sup>2283</sup> (v. infra plus généralement sur les difficultés engendrées par le recours à des holdings de reprise). Des schémas plus compliqués peuvent bien sûr être mis en oeuvre pour faire face à des situations et finalités particulières, notamment l'« optimisation fiscale » par rapport au paiement au fisc de droits de succession ; on rencontre ainsi par exemple la combinaison d'une part de l'apport d'une partie des titres du parent à une holding suivie d'une donation de la nue-propriété ou de la pleine propriété sur les titres de la holding aux enfants, et d'autre part de la vente par le parent du reste des titres à la holding, financée par un emprunt contracté par la holding, qui à son tour va être remboursé par le biais des dividendes distribués par la société cible et exonérés d'impôts grâce au régime des sociétés mères, le prix de la vente permettant au parent de payer les droits de donation, qui en plus sont calculés sur une assiette réduite par rapport aux droits de succession<sup>2284</sup>. Ce qui est sûr est que dans le cas de figure que nous étudions il y a un montage, car les règles impératives nécessaires pour la mise en oeuvre et le fonctionnement d'une société sont instrumentalisées dans le cadre de la société holding, dans un but ad hoc et atypique par rapport à la destination typique des sociétés de constituer les formes juridiques d'entreprises. La licéité de principe des montages en cause

---

<sup>2280</sup> R. Gentilhomme, *ibid*, H. Bardet- A. Beetschen- A. Charvériat- B. Gouthière, *op. cit.*, n° 32-33.

<sup>2281</sup> E. Flaicher-Maneval- Ph. Peyramaure, « L'utilisation des sociétés civiles dans la transmission des entreprises », *Les Pet. Aff.*, 25 janvier 2000, p. 6 *suiv.*

<sup>2282</sup> V. R. Gentilhomme, in « Ingénierie financière, fiscale et juridique » Dalloz, nos 82.30 *suiv.*

<sup>2283</sup> Sur l'aspect fiscal, v. H. Bardet- A. Beetschen- A. Charvériat- B. Gouthière, *op. cit.* n° 32-33. Ce qui est très important est le régime fiscal des sociétés mères, qui permet la distribution de dividendes à la holding sans double imposition du résultat.

<sup>2284</sup> V. sur ces techniques plus compliquées R. Gentilhomme « Démembrement de droits sociaux » in « Ingénierie financière... », Dalloz, *ibid*, H. Pichard- B. Pichard, « Le Family Buy Out : une technique innovante », *JCP E* 2008, 1534, H. Bardet-A. Beetschen-A. Charvériat- B. Gouthière, no 33 - v. *ibid* sur l'aspect de cette opération concernant les plus-values.



n'est pas toutefois contestée, compte tenu d'ailleurs de leur utilité dans la transmission d'entreprises au sein de la même famille avec les moindres problèmes.

## **B. Les montages sociétaires patrimoniaux en Grèce**

### **Les montages patrimoniaux avec utilisation de sociétés du droit grec**

Les montages patrimoniaux avec utilisation de sociétés du droit grec n'ont pas fait pour le moment l'objet d'une étude de la part de la doctrine grecque comparable à celle effectuée par la doctrine française en la matière. Il semble d'ailleurs que la mise d'immeubles par les particuliers sous le manteau juridique de sociétés est généralement beaucoup moins répandue en Grèce qu'en France, du moins pour ce qui concerne l'utilisation de sociétés du droit grec. Pourtant, on pourrait penser que des intérêts pour cette mise d'immeubles sous forme de société existent aussi en Grèce, comme en France, le premier de ces intérêts étant bien sûr la segmentation des risques du même patrimoine par la mise à l'abri d'immeubles de valeur importante. Mais d'autre part la société civile du droit grec ne semble pas pouvoir traditionnellement jouer le rôle de la société civile du droit français en la matière. Ainsi, tout d'abord, si l'exploitation d'un immeuble peut être l'objet d'une société civile du droit grec, cette dernière n'a pas en principe selon l'AK la personnalité morale, en étant une société- contrat, prolongée tout au plus d'une indivision, de sorte qu'elle ne constitue pas dans sa forme initiale un moyen de segmentation des risques. Toutefois, il est vrai que la société civile du droit grec ayant un but économique peut acquérir la personnalité morale avec observation des formalités exigées pour la constitution de sociétés en nom collectif (art. 784 AK, 270 L4072/2012- v. supra, Partie I). La gestion et exploitation d'un immeuble peut être considérée comme but économique et de la sorte la société civile destinée à loger un immeuble peut acquérir la personnalité morale, avec obtention de la segmentation de risques (d'autant plus que pour une partie de la doctrine grecque seule la société civile avec personnalité morale est responsable pour ses dettes, avec exclusion de la responsabilité des associés –v. Partie I) et substitution dans le patrimoine de l'apporteur de la participation sociale à l'immeuble ; le résultat de cette substitution est, comme en droit français, l'application du régime des cessions des biens meubles incorporels pour la cession de la propriété économique sur l'immeuble, cette cession étant en plus en droit grec abstraite (non causée – v. supra Partie I sur le sens du terme) mais sans possibilité d'acquisition a non domino, à la différence de la cession des biens meubles corporels, et même –ce qui pourrait être très important et constituerait un

avantage décisif sur la SCI française- insaisissabilité de ces participations par les créanciers personnels des associés (v. supra, Partie I sur ces questions en droit grec, notamment sur la possibilité reconnue en 2012 –art. 262 L4072/2012- au créancier d'un associé d'une société de personnes personnifiée en cas de poursuites infructueuses sur le reste du patrimoine du débiteur de provoquer une décision en justice ordonnant la sortie de son débiteur de la société avec remboursement de la valeur de sa participation et possibilité de saisie de cette valeur, un dispositif qui vient atténuer les conséquences de l'insaisissabilité de la participation). La société civile du droit grec est d'ailleurs largement laissée, comme celle du droit français, au domaine du supplétif et elle est exempte des rigueurs de la commercialité. Il semble pourtant que la grande faiblesse de la société civile grecque même ayant acquis la personnalité morale comme structure d'accueil d'actifs immobiliers a été traditionnellement sa fragilité car, selon le régime de dissolution des sociétés de personnes du droit grec jusque récemment en vigueur, elle pouvait être résiliée essentiellement à tout moment par acte unilatéral d'un associé, la résiliation ayant comme conséquence la dissolution et la liquidation de la société ; de la sorte, la doctrine grecque observait que la société civile était en fait plus fragile que l'indivision (cette dernière, à défaut de décision commune des indivisaires, ne peut être partagée en droit grec que par décision de justice à la suite d'une demande d'un indivisaire, avec en plus possibilité d'exclure la dissolution par accord des indivisaires engageant mêmes leurs ayant cause à titre particulier pour une durée n'excédant pas les dix ans, avec toujours possibilité de chaque indivisaire de demander le partage en cas de cause grave -art. 785 suiv. AK - v. supra Partie I sur l'ensemble de la question, notamment sur la position de la jurisprudence grecque que même dans les sociétés de personnes à durée déterminée l'exercice du droit de résiliation sans existence d'une cause grave produisait ses effets, avec seulement engagement de la responsabilité civile éventuelle de l'associé ayant résilié la société) ; cette forme sociale ne présentait ainsi jusque récemment les avantages juridiques de la société civile française sur l'indivision quant à l'organisation juridique d'une succession<sup>2285</sup>. Il est pourtant vrai que la réforme du droit grec des sociétés de personnes opérée par la loi 4072/2012 a changé les choses en la matière, en supprimant le droit ex lege de chaque associé de résilier unilatéralement les sociétés de personnes avec personnalité morale et en introduisant à son lieu un dispositif de dissolution judiciaire semblable à celui du droit français (dissolution pour cause grave -v. supra Partie I) ; de la sorte, les sociétés civiles grecques avec la

---

<sup>2285</sup> V. sur les avantages de l'indivision par rapport à la société civile v. la consultation précitée du Pr. M. Stathopoulos sur la distinction entre la société et l'indivision, DEE 1998, p. 1040.

personnalité morale deviennent plus solides face aux caprices de certains associés et acquièrent des avantages sur l'indivision pour l'exploitation de l'immeuble et l'organisation d'une succession sur des immeubles avec valeur importante, pouvant ainsi peut-être jouer dans l'avenir un rôle similaire à celui de la SCI française. Mais il reste que l'intérêt fiscal pour le recours à une société civile du droit grec semble moindre en Grèce qu'en France, notamment pour ce qui concerne le montage de l'apport de la nue-propiété par le parent suivie de la donation des parts de la société aux enfants (v. en plus ci-dessous sur la réforme récente du droit fiscal ayant imposé la neutralité fiscale quant à la cession des droits sociaux des sociétés à prépondérance immobilière)<sup>2286</sup>. La forme sociale de la société

---

<sup>2286</sup> Un obstacle fiscal plus important que ceux du droit français pour le montage en cause est qu'en droit grec l'apport d'un immeuble à une société –toute société avec personnalité morale- est plus coûteux qu'en droit français pour ce qui concerne les droits de mutation à la charge de l'acquéreur (la société), l'apport étant soumis à l'impôt normal sur la transmission d'un immeuble à titre onéreux (de huit pour cent pour la valeur jusqu'à 15.000 euros, de dix pour cent pour la valeur dépassant ce seuil, la valeur de l'immeuble étant celle retenue par les parties, avec toutefois prévision des minima légaux dits «valeurs objectives» ; il est vrai que le régime grec de l'imposition de la cession à titre onéreux d'immeubles a été compliqué avec l'introduction en 2006 de la TVA au lieu de la taxe sur la transmission d'immeubles pour les bâtiments construits à partir de cette année) ; le résultat en est un motif négatif plus important qu'en France (v. ci-dessus sur le coût fiscal zéro de l'apport par un particulier d'un immeuble à une société relevant de l'impôt sur le revenu) pour le recours à des sociétés avec prépondérance immobilière pour des raisons fiscales, d'autant plus qu'une taxe sur la plus-value du cédant à titre onéreux d'immeubles a été introduite au début de 2013. D'autre part, la fiscalité de la transmission à titre gratuit d'un immeuble par un parent aux enfants –à taux progressif et avec des exemptions importantes- est favorable en Grèce pour la donation d'immeubles de petite ou moyenne valeur, notamment s'il y a maintien de l'usufruit par les parents, malgré l'existence d'un barème similaire à celui du droit français pour le calcul de la valeur de la nue-propiété donnée comme assiette de l'impôt. Il ne semble pas d'ailleurs que les familles grecques gagneraient quelque chose quant à l'assiette de l'impôt si, au lieu de procéder directement à la donation de la nue-propiété d'un immeuble aux enfants avec maintien de l'usufruit par leurs parents, ils ont recours au montage français de l'apport de la nue-propiété de cet immeuble à une société civile avec personnalité morale suivie de la donation de parts de cette société aux enfants (v. supra sur les avantages en droit français) : aujourd'hui, le régime fiscal des donations des parents aux enfants est aussi applicable pour la donation aux enfants de parts sociales ou actions (jusque récemment la donation de parts sociales et actions aux enfants était taxée avec un taux proportionnel particulièrement bas -de 1,2 pour cent-, avantage important pour les associés ou actionnaires ayant des participations de valeur importante dans des sociétés avec actif à prépondérance immobilière par rapport à une donation directe de l'immeuble). Il semble ainsi que le coût fiscal de l'apport de l'immeuble à la société est dissuasif pour les contribuables, sans compensation possible par un autre avantage fiscal. Pour ce qui concerne la cession de l'immeuble à titre onéreux, il ne semble pas que la mise de l'immeuble sous l'enveloppe juridique d'une société civile immobilière avec personnalité morale suivie de la cession des parts de cette dernière puisse diminuer en Grèce le coût fiscal de la cession de l'immeuble par rapport à la cession directe de ce dernier : dans le premier cas la société –essentiellement le particulier l'instrumentalisant- serait tenue de l'impôt sur la transmission à titre onéreux d'immeubles pour l'apport (v. ci-dessus) et en plus ce particulier à titre de cédant personne physique de sa participation sociale serait obligé de payer un impôt jusque récemment de vingt pour cent sur la plus-value éventuellement dégagée par la cession, calculée selon certaines présomptions prévues par la loi –art. 13 Code de l'imposition du revenu de 1994 (aujourd'hui de quinze pour cent dans le cas de sociétés qui ne sont pas à prépondérance immobilière et assimilé au taux

anonyme grecque pourrait elle aussi jouer un rôle de structure d'accueil d'immeubles. Comme nous avons vu dans la Partie I, si l'objet-type de la loi pour la société anonyme grecque (AE) est de constituer la forme juridique d'une entreprise, le but de cette forme sociale est ouvert, pouvant être théoriquement même idéologique, à la différence des conceptions du droit français, pour lequel les sociétés ne peuvent avoir comme but que la réalisation de bénéfices ou d'économies. La destination de la forme juridique de l'AE à former la structure juridique d'accueil d'un immeuble est par conséquent parfaitement licite, bien qu'atypique ; le législateur grec a d'ailleurs expressément prévu la possibilité d'AE avec comme objet l'exploitation d'immeubles urbains (art. 13 L4459/1965). On pourrait aussi attendre à ce qu'avec la constitution d'une telle société la substitution de biens meubles à l'immeuble aurait atteint sa forme la plus achevée, avec l'acquisition d'actions comme contrepartie de l'apport d'un immeuble à la société et assimilation possible des droits sociaux aux biens meubles corporels (v. supra sur la « pierre-papier » en droit français et Partie I sur les actions au porteur et nominatives dans les sociétés non cotées en droit grec, actions en principe non dématérialisées). On doit en plus rappeler que la cession de biens meubles corporels est en droit grec abstraite (non causée) et en plus soustraite au principe de la nullité de l'acquisition a non domino si l'acquéreur est de bonne foi, à la différence de

---

d'imposition de quinze pour cent des plus-values de la cession de l'immeuble lui-même dans le cas de cession de la participation dans une société à prépondérance immobilière – malgré les taux identiques, les modalités du calcul des plus-values sont différentes en cas d'une part de cession de l'immeuble lui-même et des droits sociaux en cas de société prépondérance immobilière – fondement de comparaison pour le calcul des plus-values est la valeur de l'immeuble- et d'autre part en cas de cession de droits sociaux de sociétés qui ne sont pas à prépondérance immobilière – fondement de comparaison pour le calcul des plus-values sont les capitaux propres de la société) ; dans le second cas l'impôt sur la transmission à titre onéreux d'immeubles serait dû par le cessionnaire et l'impôt sur la plus-value jusque récemment à taux de vingt pour cent aussi par le cédant, aujourd'hui de quinze pour cent, calculée selon les prévisions de la loi. Pour ce qui concerne l'imposition des revenus de l'immeuble, l'imposition à taux proportionnel jusque récemment de vingt cinq pour cent et aujourd'hui de vingt six pour cent du revenu comme bénéfice au nom de la société civile suivie de l'épuisement des obligations fiscales de l'associé pour le bénéfice distribué (v. infra Partie I sur la fiscalité des sociétés de personnes en Grèce) pouvait avoir pour les contribuables les plus aisés des avantages sur l'imposition en cas d'exploitation personnelle de l'immeuble de ce revenu à leur nom avec les taux les plus élevés de l'échelle progressive de la législation fiscale grecque (mais on doit désormais tenir compte de la retenue à la source de dix pour cent en plus pour les bénéfices distribués aux associés) ; ce régime est plus avantageux que celui des SCI françaises ayant opté pour l'IS, car le taux de ce dernier est plus élevé que celui grec pour les sociétés civiles et il y a atténuation de la double imposition, mais non épuisement de l'obligation fiscale de l'associé pour les bénéfices distribués ; pourtant, la législation fiscale grecque ne permet pas l'imputation des déficits éventuels de la société sur le revenu de l'associé, comme c'est le cas en France pour les SCI ayant décidé de demeurer au régime fiscal de principe de semi-transparence fiscale. En plus, la réforme récente du droit fiscal a prévu une imposition de trente trois pour cent des revenus de provenance d'immeubles pour les personnes physiques si ces revenus sont d'une valeur supérieur à 12.000 euros avec épuisement de l'obligation fiscale, disposition qui fait disparaître dans une large mesure l'intérêt fiscal pour la mise d'immeubles sous le manteau juridique de sociétés.

celle des immeubles, qui est causée et soumise au principe *nemo plus iuris*, situation juridique qui constitue un avantage important pour la substitution de meubles aux immeubles. Il est aussi vrai que la possession de l'immeuble indirectement, par le biais de la possession des actions de la société à laquelle l'immeuble a été apporté, pouvait présenter certains avantages fiscaux par rapport à la possession de l'immeuble lui-même, notamment pour ce qui concerne la cession de la propriété économique sur ce dernier- mais d'autre part le coût fiscal de l'apport de l'immeuble à la société est toujours un important facteur dissuasif ; en plus, tout avantage fiscal de la cession des actions d'une société à prépondérance immobilière au lieu de l'immeuble lui-même a disparu récemment, car la réforme de 2013 du droit fiscal grec a assimilé du point de vue fiscal et pour ce qui concerne la taxation des plus-values la cession à titre onéreux des droits sociaux des sociétés de toute forme sociale à prépondérance immobilière à la cession de l'immeuble lui-même, en effectuant ainsi un rapprochement avec le droit français en la matière (art. 41 L4172/2013- selon cet article sont assimilées à la cession de l'immeuble lui-même les cessions de droits sociaux dont la valeur résulte à hauteur d'au moins de cinquante pour cent directement ou indirectement d'un patrimoine immobilier)<sup>2287</sup>. On ne doit pas plus généralement surestimer

---

<sup>2287</sup> Pour ce qui concerne le coût fiscal de l'apport de l'immeuble à une AE v. ci-dessus les développements sur la société civile, avec cette différence que dans le cas des AE il y a en plus à la charge de la société obligation pour la taxe sur la concentration de capitaux, à un taux de 1 pour cent sur la valeur du bien apporté. Pour ce qui concerne la taxation des revenus de l'immeuble, valent quant au principe les développements sur la société civile présentés ci-dessus sur les avantages que pourraient y trouver les contribuables les plus aisés, car le droit grec ne connaît pas une différenciation entre sociétés fiscalement opaques et sociétés fiscalement semi-transparentes, à la différence du droit français ; il est toutefois vrai que le taux d'imposition était plus lourd pour les revenus de l'immeuble dans le cadre de l'AE (taux sur le bénéfice de la société de vingt pour cent avec en plus un prélèvement de dix pour cent sur les bénéfices distribués aux actionnaires, car, comme nous avons vu dans la Partie I, pour cette forme sociale le principe d'épuisement de l'obligation fiscale pour les bénéfices distribués avec le paiement de l'impôt de la société est aujourd'hui abandonné) ; aujourd'hui toutefois il y a neutralité fiscale pour l'imposition des résultats de toute forme sociale (imposition à taux de vingt six pour cent au niveau de la société plus retenue de dix pour cent pour les bénéfices distribués aux associés ou actionnaires, avec épuisement de leur obligation fiscale pour le revenu ainsi acquis. Pour la cession d'actions à titre onéreux le taux d'imposition était jusque récemment de 5% sur la valeur des actions cédées (pour les sociétés non cotées), impôt dont le débiteur était le cédant, avec introduction de présomptions pour le calcul d'une valeur réelle minimum des actions, régime qui diminuait le coût fiscal global de la cession par rapport à une cession directe de l'immeuble (v. supra sur les impôts dus dans ce dernier cas et ci-dessus sur le remplacement récemment de ce système par un impôt sur la plus-value). Pour la cession des actions à titre onéreux à des enfants, parents, époux ou épouse ou petits-enfants le taux d'imposition était de 1,2% (2,4% pour frères, soeurs, grand-pères et grand- mères). Aujourd'hui ce dispositif a été remplacé par un taux de taxation de quinze pour cent de la plus-value de la cession des actions, calculée avec comme fondement de comparaison les capitaux propres de la société, sauf s'il s'agit d'actions de sociétés à prépondérance immobilière, cas dans lequel il y a assimilation à la cession de l'immeuble lui-même, la plus-value étant imposée dans ce dernier cas avec le même taux de quinze pour cent, mais calculée selon une modalité différente, avec comme fondement de comparaison la valeur de l'immeuble, régime applicable pour toute forme de sociétés. Pour ce qui concerne la cession à titre gratuit des actions de l'AE de la part des parents aux enfants, il y a aujourd'hui application du dispositif général de taux progressifs sur la donation entre ces

les avantages de la mise d'un immeuble sous forme d'AE : d'abord, le législateur grec a imposé la nominativité obligatoire des sociétés à prépondérance immobilière urbaine sous menace de lourde amende, dans un souci de garantir les recettes fiscales en matière immobilière (art. 13 L4459/1965) ; cette nominativité obligatoire diminue assez l'intérêt juridique de la mise d'un immeuble sous forme d'AE (v. supra Partie I sur le régime des actions nominatives et de leur cession)<sup>2288</sup>. Il semble d'ailleurs qu'en Grèce les personnes voulant mettre leur immeuble sous forme de société n'apprécient pas du tout cette nominativité obligatoire, ces personnes voulant éviter autant que possible la transparence. En plus, l'AE est une société commerciale par la forme, avec les rigueurs de la commercialité et avec un impératif concernant son fonctionnement très développé, des désavantages communs avec la SA française pour la mise d'immeubles sous le manteau de cette forme sociale dans le but de la gestion patrimoniale ; la surveillance administrative organisée par le droit grec pour les AE est un facteur supplémentaire - ne serait-ce que psychologique - comptant comme désavantage pour le montage que nous étudions. L'EPE (SARL du droit grec) et aujourd'hui l'IKE peuvent d'autre part constituer des formes sociales pour loger des immeubles dans le but de segmentation de risques, étant d'ailleurs soumises à un impératif moins lourd que celui de l'AE, elles présentent toutefois des désavantages communs avec les AE, notamment la commercialité par la forme, le régime fiscal de la transmission des parts des EPE pouvant en plus être jusque récemment moins favorable que celui de la cession des actions en cas de plus-values importantes (mais la réforme de

---

personnes, régime favorable pour la donation de biens de petite ou moyenne valeur, avec suppression, comme pour les parts sociales, du régime antérieure d'un taux proportionnel particulièrement bas pour la cession des actions (v. supra).

<sup>2288</sup> Les critères pour l'application de ce dispositif sont d'une part l'existence comme objet réel de l'AE de l'exploitation d'immeubles urbains (indépendamment de l'objet statutaire), d'autre part l'investissement en immeubles urbains des 60% au moins des capitaux de la société, y compris ses réserves. Le législateur a dispensé de l'obligation de nominativité les entreprises d'hôtellerie, ainsi que celles ayant comme objet la construction et vente de bâtiments. D'autre part sont aussi selon le même article obligatoirement nominatives les actions des sociétés anonymes grecques possédant plus de vingt pour cent des actions de sociétés anonymes foncières au sens mentionné ci-dessus. Cette même obligation de nominativité existait depuis 1994 (art. 24 L2221/1994) plus généralement pour les sociétés ayant le même pourcentage d'investissement de leurs capitaux en immeubles indépendamment de leur activité, avec les mêmes exceptions essentiellement que la disposition de 1965 - v. L. Kokkinis in « Droit de l'AE », dir. E. Perakis, t. 2A, p. 546, V. Antonopoulos, op. cit., p. 279-280 et sur la constitutionnalité du dispositif Symvoulio Epikrateias (CE grec) As. Pl. 1792/1997, EEmpD 1999, 503 ; mais cette dernière disposition de 1994 a été supprimée en 2004. V. aussi l'avis 460 27/11/2007 du Conseil juridique de l'Etat (à ne pas confondre avec le Symvoulio Epikrateias - CE grec) selon lequel cette dernière suppression a emporté aussi suppression « pour ce qui concerne le droit fiscal » de la disposition plus spéciale de 1965 concernant la nominativité des actions des sociétés ayant comme activité l'exploitation d'immeubles.

2013 a imposé la neutralité fiscale)<sup>2289</sup>. C'est pourquoi la « mode » parmi les Grecs fortunés a été les dernières décennies l'utilisation dans le cadre de leurs montages patrimoniaux de sociétés non pas grecques mais de droits exotiques (v. infra). On ne doit pas par ailleurs oublier que, si l'application de la technique de la fraude paulienne à l'apport de biens à une société semble aujourd'hui, à la différence du droit français, marginalisée, l'utilisation d'une société grecque comme structure juridique d'accueil d'un immeuble doit respecter le minimum impératif du droit des sociétés et de l'autonomie de la personnalité morale, sous peine de simulation pour les sociétés de personnes ou de levée de la personnalité morale des sociétés de capitaux, y compris au profit des créanciers personnels du maître de l'affaire, sur le fondement de l'abus de personnalité morale (v. supra Partie I) ou, pour ce qui concerne la réaction de l'administration, jusque récemment de qualification de la société de personnes ou EPE comme fictive (simulée) par l'administration fiscale (v. supra Partie I sur ces aspects ainsi que sur l'introduction en 2013 en droit grec d'une disposition de portée générale anti-fraude fiscale pouvant être appliquée par l'administration contre l'utilisation de sociétés de nature patrimoniale et notamment visant à loger des immeubles dans un but de fraude fiscale). On doit en plus tenir compte de ce que l'apport à une société avec la personnalité morale d'un immeuble constituant l'essentiel de l'actif d'une personne pourrait provoquer l'application de l'art. 479 AK prévoyant la responsabilité solidaire du cédant et du cessionnaire (dans notre cas la société bénéficiaire de l'apport) pour les dettes du premier comme un cas de cession d'un patrimoine au sens du droit grec (perioucia -essentiellement l'ensemble de l'actif d'une personne à un moment donné- v. supra Partie I) ; cette possibilité est un facteur diminuant l'intérêt pour la mise d'immeubles sous forme de sociétés dans le but de rendre plus difficile la poursuite des créanciers. L'utilisation de sociétés holding dans le cadre de la transmission d'entreprises sociétaires familiales n'a pas fait pour le moment non plus l'objet de l'attention de la doctrine grecque et ne semble pas être pratiquée beaucoup, les entrepreneurs grecs permettant le procédé classique de la donation de la nue-propriété de leurs actions à leurs enfants avec maintien de l'usufruit. Le droit grec offre toutefois les outils nécessaires pour la réalisation de tels montages, notamment la possibilité de constitution de sociétés holdings et le démembrement de la propriété sur droits sociaux en nue-propriété et usufruit (v. supra). Le coût fiscal de ces opérations semble d'ailleurs tolérable<sup>2290</sup>. La constitution de sociétés auxquelles sont apportés les

---

<sup>2289</sup> La cession des parts sociales des EPE est imposée à un taux de 20% sur le bénéfice obtenu par le cédant, avec toutefois application des taux spéciaux de 1,2% et 2,4% pour les cessions aux parents.

<sup>2290</sup> Comme nous avons vu ci-dessus, le droit grec a un dispositif de taxation des dividendes permettant d'atténuer la double imposition dans la relation holding-société « cible ».

immeubles de l'entreprise elle-même avec création d'une structure duale de société d'exploitation et société immobilière dans le but de segmenter de la sorte les risques pour le maître de l'affaire ne semble pas beaucoup pratiquée en Grèce. Est pourtant pratiquée plus souvent la mise en société séparée du patrimoine immobilier que la société possède parallèlement à son entreprise, la doctrine proposant comme techniques possibles pour cette séparation la scission, technique pourtant non conseillée parce qu'elle a comme désavantage la disparition de la société initiale, l'apport partiel d'actif (aposkhici -v. supra sur cette technique en droit grec et les problèmes qu'elle présente actuellement, à défaut de sa reconnaissance expresse par la loi comme technique de transmission universelle de patrimoine), entendu par une partie de la doctrine comme transfert d'une partie de l'actif d'une société à une autre société, avec acquisition en contrepartie de cet apport d'actions de la seconde société directement par les actionnaires de la première, possibilité que la doctrine majoritaire refuse, en réputant que l'apport partiel d'actif qui forme une branche d'activité (dans le cas que nous étudions un ensemble d'actifs immobiliers distincts de l'entreprise en société) à une nouvelle société a nécessairement comme contrepartie l'acquisition des actions de cette dernière par la société qui fait l'apport (cette nouvelle société peut en plus après 2007 être dès le début unipersonnelle) ; dans le cadre de la scission, la protection des créanciers de la société initiale est confiée au dispositif impératif sur les scissions de la loi sur les AE (v. supra), tandis que dans le cas d'apport partiel cette protection sera confiée à l'art. 479 AK prévoyant la responsabilité solidaire du cessionnaire d'un patrimoine ou d'une entreprise pour les dettes du cédant (dans le cas de cession d'entreprise pour les dettes résultant de l'activité de l'entreprise), avec une incertitude sur l'étendue de la responsabilité de la nouvelle société pour l'ensemble des dettes de la société apporteuse ou seulement pour celles liées à l'ensemble des immeubles apportés<sup>2291</sup>. Pour ce qui concerne le montage français de segmentation de l'entreprise elle-même en société d'exploitation et société immobilière, on pourrait penser que, comme pour la jurisprudence et doctrine françaises, une telle construction de segmentation des risques serait réputée en principe licite par la jurisprudence et la doctrine grecques sur le fondement du principe de l'autonomie privée, sous réserve d'un abus éventuel de personnalité morale, notamment en cas de confusion de patrimoines entre les sociétés –celle d'exploitation et celle de gestion des immeubles de l'entreprise- et le maître de l'affaire. La mise en place de

---

<sup>2291</sup> V. pour une comparaison du point de vue du droit des sociétés et du droit fiscal de ces techniques utilisées dans le cadre de la création d'une nouvelle société destinée à loger le parc immobilier que la société initiale possède en dehors de son entreprise K. Pamboukis (en grec) « Séparation d'une partie du patrimoine d'une société anonyme dans le but de la création d'une nouvelle société anonyme », consultation, EpiskED 1996, p. 317.



ce montage non au début mais au cours de la vie de l'entreprise présenterait en droit grec la même problématique que celle exposée ci-dessus pour la séparation au sein de la même groupe de la société exprimant juridiquement l'entreprise et celle exprimant juridiquement le patrimoine immobilier du groupe possédé parallèlement à son activité d'entreprise.

### **Les montages patrimoniaux par le biais de l'utilisation de sociétés off-shore**

Comme nous avons relevé ci-dessus, la grande mode parmi les Grecs fortunés propriétaires d'immeubles de valeur importante n'a pas été les dernières décennies la mise de leurs immeubles sous forme de sociétés du droit grec, mais leur mise sous la forme juridique de sociétés exotiques, les fameuses off-shore (v. sur ces sociétés supra, à l'occasion des montages dissociant artificiellement le siège réel du siège statutaire d'une société entreprise), notamment pour ce qui concerne l'achat et la construction de l'immeuble<sup>2292</sup>. Le radicalisme de cette solution a ainsi fasciné les milieux fortunés grecs, de sorte que la propriété d'une société off-shore avec objet patrimonial était devenu selon un observateur avisé un signe de « status symbol » dans ces milieux<sup>2293</sup>. L'« ingénierie » juridico-patrimoniale off-shore a par conséquent été substituée dans une large mesure en Grèce au développement d'une telle ingénierie « indigène », avec recours aux formes sociales nationales, comme c'est le cas en France. Le manque de transparence offert par les sociétés off-shore a été bien sûr un avantage décisif pour cette mise d'éléments d'actifs importants, et notamment d'immeubles, sous la forme de telles sociétés, combiné bien sûr avec la segmentation de risques offerte par celles-ci. Ce manque de transparence permet d'abord la dissimulation par le biais de la société off-shore et notamment face au fisc de la provenance des capitaux utilisés pour l'achat ou la construction de l'immeuble. Il permet aussi une transmission entre vifs ou à cause de mort juridiquement très facile de la propriété économique sur l'immeuble, avec l'acquisition des actions au porteur de la société off-shore par l'ayant cause, en plus avec évitement de toute imposition de la transmission, à titre de la transmission de l'immeuble ou à titre de la transmission des actions. Il permet d'ailleurs une segmentation plus complète de l'actif immobilier et de sa valeur économique du reste du patrimoine du maître de l'affaire, car les créanciers de ce dernier, dont le rôle comme propriétaire réel est difficile de prouver, ne peuvent pratiquement saisir même ses actions

---

<sup>2292</sup> V. (en grec) K. Douvis « Activités off-shore », ouvrage précité, not. p. 287 suiv. Selon cet auteur, en 2003 il y avait en Grèce au moins 3.000 sociétés off-shore immobilières. D'autres estimations plus récentes parlent pourtant de plusieurs milliers de telles sociétés.

<sup>2293</sup> I. Spyridakis (en grec) in « L'influence réciproque entre le droit fiscal et le droit commercial », ouvrage collectif précité, p. 197-198.

correspondant à l'immeuble<sup>2294</sup>. L'utilisation de base de la société off-shore pour l'acquisition de l'immeuble est bien sûr très souvent complétée par d'autres procédés, «raffinant» le montage en cause. Ainsi, la société off-shore peut se présenter comme bailleur de l'immeuble avec comme locataire le propriétaire réel, ou déclarer l'immeuble comme non habité, tandis que le propriétaire y habite ; en plus, pour éviter l'imposition sur le grand patrimoine immobilier, deux ou plusieurs sociétés off-shore peuvent se présenter comme copropriétaires de l'immeuble. D'ailleurs, le plus souvent les représentants apparents des off-shore en Grèce sont des employés des propriétaires réels, de sorte que l'identité réelle de ces derniers demeure secrète<sup>2295</sup>. Il est en tout cas évident qu'il s'agit d'un montage comme nous les entendons, car les sociétés impliquées sont instrumentalisées non seulement au-delà de leur destination typique d'être les formes juridiques d'entreprises, mais d'une façon côtoyant dangereusement la fraude à la loi : il est ainsi sans aucun doute sûr que le recours à la technique de la société off-shore comme moyen d'organisation du patrimoine immobilier est purement artificiel, que son seul but est d'expulser l'application des dispositions impératives nationales sur les immeubles et les actes juridiques les concernant, notamment celles fiscales, mais aussi de rendre autant que possible difficile la poursuite du maître de l'affaire par ses créanciers personnels. La particularité du procédé est qu'il y a utilisation de sociétés de droits étrangers, des sociétés en plus largement destinées par leurs droits respectifs de jouer ce rôle à l'étranger (v. supra). Malgré tout cela, le recours aux sociétés off-shore comme technique de «gestion» d'un actif immobilier est aujourd'hui juridiquement efficace en Grèce, ces sociétés n'étant pas considérées ipso facto comme frauduleuses ; elles sont reconnues par contre comme étrangères et réputées en principe avoir été constituées valablement conformément au droit de leur siège statutaire et soumises à ce droit pour ce qui concerne leur fonctionnement (art. 10 AK), tout en acquérant normalement des droits patrimoniaux en Grèce, comme en principe tout autre ressortissant étranger (art. 4 AK). Elles se voient de la sorte reconnaître la personnalité morale en Grèce, tout en échappant à l'impératif sociétaire grec, les promoteurs des montages en cause pouvant de la sorte cumuler les avantages escomptés . En plus, à la différence de ce qui se passe avec les sociétés exotiques ayant leur siège réel en Grèce et exploitant une entreprise (v. supra), les sociétés off-shore « patrimoniaux » n'ont pas donné lieu à une jurisprudence importante concernant leur statut juridique et leur requalification en sociétés anormales du droit grec. Ainsi, semble-t-il, les sociétés off-shore s'activant en

---

<sup>2294</sup> Sur les avantages offerts pour les intéressés par le recours à la société-off-shore, v. K. Douvis, op. cit., p. 287.

<sup>2295</sup> V. K. Douvis, op. cit., p. 288.

Grèce comme structures de « gestion patrimoniale » semblent échapper largement au danger de leur requalification en sociétés anormales du droit grec, comme c'est le cas avec les sociétés exotiques exerçant une entreprise (v. supra), peut-être parce qu'il est beaucoup plus difficile dans leur cas pour les particuliers de prouver que leur siège réel est en Grèce et d'établir l'identité du maître de l'affaire, comme elles ne sont pas des formes juridiques d'entreprises ; d'ailleurs, même si la personne du maître de l'affaire et le siège réel en Grèce sont établis et est de la sorte établie l'application sur la société du droit grec (v. supra, Partie I sur le critère du siège réel pour déterminer en droit grec la nationalité d'une société et le droit qui lui est applicable), la jurisprudence - rare, il est vrai, en la matière- reconnaît à ces sociétés la personnalité morale même anormale et en plus elle tend à y voir une segmentation licite des risques, en admettant très difficilement la fraude et en refusant par conséquent de lever la personnalité morale de ces sociétés sur le fondement d'abus de cette dernière<sup>2296</sup>. Plus concrètement, dans les affaires qui sont arrivées devant les juges grecs, des époux avaient vendu des immeubles à des sociétés off-shore ayant comme actionnaire unique l'un d'eux et dont le siège réel était en fait au Pirée. Les créanciers personnels de l'actionnaire unique ont recherché d'appréhender les immeubles transmis aux sociétés off-shore, en invoquant le caractère simulé des contrats de vente, le défaut de capacité juridique des sociétés off-shore et, à titre subsidiaire, le caractère de ces dernières comme constitutives d'abus de personnalité morale pour fraude aux droits des créanciers personnels de l'actionnaire unique. Les juges grecs ont admis que le siège réel des sociétés off-shore se trouvaient en Grèce et qu'il s'agissait par conséquent de sociétés de droit grec non normalement constituées car non publiées, mais ils leur ont reconnu la capacité juridique, en les réputant des sociétés de facto du droit grec (v. supra, Partie I) et ils ont refusé par conséquent de réputer nulles les ventes des immeubles aux sociétés acquéreuses pour défaut de capacité juridique de ces dernières (il est à noter que dans les affaires en cause il ne s'agissait pas de sociétés off-shore ayant leur siège réel en Grèce auxquelles le droit grec reconnaît à titre d'exception une constitution valable selon le droit de leur siège statutaire – v. supra, Chapitre I de la Partie II, d'où le recours des juges à la construction des sociétés de fait pour leur reconnaître la capacité juridique). Pourtant, la capacité juridique nécessite bien sûr la personnalité morale et la construction de la société de fait avec personnalité morale du droit grec a comme condition le développement d'une activité publique par la société anormale, activité publique qui n'était pas établie dans les

---

<sup>2296</sup> V. ainsi Mon. Prot. (TI) Pirée 543/1998, Nom. V. 1999, p. 452, 4208/1999, Nom. V. 2000, 82., K. Karayannis « La problématique de la simulation... », thèse précitée, p. 288-289, avec critique du second de ces arrêts.

affaires en cause, la reconnaissance de la capacité juridique découlant de la personnalité morale aux sociétés off-shore anormales n'étant pas ainsi, semble-t-il, fondée (les arrêts eux-mêmes parlent d'ailleurs de manière contradictoire de société de fait sans personnalité morale, ayant pourtant la capacité juridique). Les arrêts en cause ont en plus écarté la levée de la personnalité morale de ces sociétés pour fraude aux droits des créanciers de leur actionnaire unique, en considérant que l'existence d'un actionnaire unique pour chaque société n'est pas en elle-même constitutive de fraude et que l'intention frauduleuse à l'égard des créanciers personnels du maître de l'affaire était exclue du fait que ce dernier n'avait pas de dettes à l'égard des tiers au moment de la constitution de cette dernière, les ventes des immeubles étant en plus effectuées avant la naissance des créances des demandeurs. Les juges ont de la sorte refusé de procéder à la levée du voile de ces sociétés grecques anormales se présentant comme off-shore au profit des créanciers personnels de leur maître de l'affaire, en réputant le montage en cause comme une technique licite de segmentation des risques, non constitutive ipso facto de fraude<sup>2297</sup>. Le fisc grec ne conteste pas par ailleurs globalement l'existence juridique et la personnalité fiscale de ces sociétés. La réalité juridique grecque tolère de la sorte aujourd'hui largement les sociétés off-shore de « gestion patrimoniale », comme c'est aussi le cas avec le droit français, avec comme conséquence la présence dans les deux pays de pareils problèmes nés de l'activation de telles sociétés, bien qu'en France l'ingénierie juridico-patrimoniale ait pris généralement des voies indigènes juridiquement plus normales (v. d'ailleurs infra sur les sociétés off-shore et les activités criminelles)<sup>2298</sup>. En plus, pour ce qui concerne la Grèce, n'a pas même manqué l'existence de voix d'éminent juristes chantant le recours aux sociétés off-shore comme « fuite vers la liberté »<sup>2299</sup>. Il est d'autre part vrai qu'une autre partie de la doctrine grecque a relevé avec force le caractère frauduleux des sociétés constituées à des pays off-shore dans le seul but d'isoler un actif de leur propriétaire de son patrimoine personnel, sans avoir

---

<sup>2297</sup>

V. supra sur les critères de l'abus de personnalité morale et K. Karayannis, *ibid*, sur les arguments contre le bien-fondé de l'arrêt en cause, cet auteur adoptant en plus le point de vue que seule le défaut d'autonomie de la personnalité morale, même sans intention frauduleuse, aurait pu fonder la levée de cette dernière). En plus, rien n'exclut la constitution d'une société et l'acquisition par elle de biens de valeur dans le but de fraude aux droits des créanciers postérieurs ou l'utilisation ultérieure dans un but frauduleux d'une société d'abord constituée sans un tel but. L'arrêt a ainsi évité d'examiner si la société off-shore avait un fonctionnement de personne morale autonome par rapport à son actionnaire ou si au contraire sa seule raison d'être était de loger des biens de son actionnaire unique, cette inexistence de fonctionnement comme personne morale autonome pouvant fonder la tentative de fraude aux droits des créanciers personnels de l'actionnaire et constituer ainsi une raison de levée du voile de la personnalité morale des sociétés pour utilisation abusive de cette dernière

<sup>2298</sup>

Sur les sociétés off-shore en droit français, v. infra, Section II de ce chapitre.

<sup>2299</sup>

Ph. Christodoulou « Prolégomènes à la problématique des sociétés off-shore », DEE 2001, p. 568 suiv.

un fonctionnement réel et distinct comme personnes morales, en proposant la levée de leur personnalité morale au profit des créanciers de l'actionnaire unique, même si les sociétés en cause avaient comme but la fraude fiscale, non la fraude aux créanciers<sup>2300</sup>. Ce qui est sûr est que les Grecs moyens regardent avec suspicion au moins le recours des plus aisés à des structures off-shore et la rupture de l'égalité devant l'impôt en résultant, notamment s'il y a implication de personnes politiques, l'attention du public à ces sociétés étant d'ailleurs souvent engendrés par l'implication de telles personnes à des scandales importants<sup>2301</sup>. La prise de conscience de cette réaction a amené le législateur grec à rendre plus sévère le régime fiscal pour les sociétés off-shore s'activant comme propriétaires d'immeubles en Grèce, en introduisant aussi quelques incompatibilités visant à éviter les

---

<sup>2300</sup> V. ainsi K. Karayannis, thèse précitée, p. 301, proposant comme fondement de ces solutions la simulation dite objective –identifiée à l'abus d'institution- de ces sociétés, le critère décisif utilisé n'étant pas la volonté frauduleuse du maître de l'affaire, mais le fonctionnement réel ou non de la société comme personne morale autonome.

<sup>2301</sup> Pour ne citer qu'un exemple, en 2008 un scandale juridico-politique a éclaté, quand il a été révélé qu'un ministre important du gouvernement de l'époque - M. G. Voulgarakis - était le propriétaire de sociétés off-shore, qui à leur tour avaient la propriété d'immeubles de grande valeur au centre d'Athènes, situation qui lui permettait une économie fiscale potentielle substantielle par rapport à la possession directe des immeubles. La réaction de M. Voulgarakis face à ses accusateurs a été de déclarer que le procédé n'était pas prohibé par la loi, et que ce qui est légalement permis est aussi moralement permis, donc il n'y avait pas de problème moral ou politique pour son comportement (ce raisonnement était bien sûr faux, même si l'on fait abstraction de la question de la fraude à la loi, car les manuels même d'introduction au droit aussi bien en France qu'en Grèce distinguent dans leurs premières pages le droit de la morale). Cette identification entre le licite et le moral n'a pas persuadé l'opinion publique, et la carrière politique de M. Voulgarakis a pris fin.

scandales politiques (art. 15 suiv. L3091/2002, art. 6 L3849/2010)<sup>2302</sup>. L'efficacité de cette législation est pourtant assez douteuse<sup>2303</sup>.

### **§ 3. L'instrumentalisation des sociétés dans le cadre de montages d'ingénierie financière plus développée**

Sous cet intitulé nous allons aborder successivement les montages instrumentalisant les sociétés dans le but de faire sortir une partie de la dette du passif du bilan d'une société endettée (« défaisance » - « titrisation »), d'abord en présentant ces montages, ensuite en présentant leur réception par les droits français et grec.

#### **A/ Description des montages en cause comme instrumentalisation de sociétés dans le but de restructuration du bas du bilan d'autres entreprises**

---

<sup>2302</sup> V. K. Douvis, op. cit., p. 288 suiv. Selon l'art. 15 L3091/2002, les sociétés ayant des droits réels sur des immeubles en Grèce paient un impôt annuel de 3% -aujourd'hui de quinze pour cent- sur la valeur de ces immeubles. La loi prévoit plusieurs exceptions à cette taxation, dont les plus importantes sont celles pour les sociétés cotées, les sociétés ayant d'autres revenus nets en Grèce supérieurs aux revenus de provenance immobilière, pour les sociétés anonymes grecques ou européennes avec des actions nominatives jusqu'aux personnes physiques, pour des EPE ou sociétés de personnes dont les parts appartiennent à des personnes physiques ou à des personnes morales qui déclarent les personnes physiques auxquelles elles appartiennent. L'art. 16 de la même loi prévoit une responsabilité fiscale solidaire pour l'impôt prévu par l'art. 15 pour les personnes interposées. Les personnes interposées sont celles qui participent de toute façon aux sociétés de l'art. 15 ; ces personnes interposées peuvent être physiques ou morales. Le même article prévoit aussi la responsabilité solidaire du dernier propriétaire de l'immeuble (avant la cession à la société) ou de nouveau propriétaire ou usufruitier, si la propriété ou son usufruit sont cédés par la société. Il est évident de ces développements que l'objectif principal des dispositions en cause a été les sociétés off-shore « immobilières ». Il est aussi à noter que les sociétés off-shore maritimes s'activant en Grèce sont dispensées de l'impôt spécial sur les immeubles. L'art. 6 L3849/2010 a prohibé -sous menace de sanctions pénales – aux membres du gouvernement, aux parlementaires et à une série d'autres dignitaires de participer soit directement soit par le biais de personnes interposées au capital ou à la direction de sociétés off-shore.

<sup>2303</sup> Le scandale impliquant M. Voulgarakis a éclaté bien après l'introduction de l'impôt spécial de la loi 3091/2002, ce qui prouve que l'acquisition d'immeubles par le biais de sociétés off-shore demeure avantageuse malgré l'introduction de cette législation. V. toutefois K. Douvis, op. cit., p. 301 suiv. sur les avantages de la vente des immeubles possédés par des sociétés off-shore soit à des personnes physiques, soit à des personnes morales de droit grec. Il semble pourtant que tout simplement la majorité des off-shore immobilières en Grèce ne déclarent pas au fisc leurs immeubles et ne payent pas l'impôt y correspondant ; il est d'autre part vrai qu'il y a une certaine tendance due à cette imposition de transfert de la propriété des immeubles des off-shore aux maître des affaires réels- v. sur ces questions un article dans le site capital.gr avec date le 9 novembre 2012.

Le premier des montages utilisant les sociétés dans le cadre d'opérations de restructuration du bas du bilan est celui de «défaillance»<sup>2304</sup>. Il s'agit d'un montage de provenance américaine (in substance defeasance), importé par la suite en Europe, comme plusieurs autres innovations financières américaines<sup>2305</sup>. Dans un montage de défaillance, une société commerciale sort de son bilan un ou plusieurs emprunts obligataires, transférés à une ou plusieurs entités spéciales, créées ad hoc ou préexistantes, qui assument le service et l'amortissement de cette dette, en utilisant dans ce but un portefeuille de valeurs mobilières transféré lui aussi à chaque entité en cause par la société commerciale initiatrice de la défaillance<sup>2306</sup>. L'objectif de l'opération est d'alléger le bilan de la société initiatrice, en améliorant son ratio de fonds propres sur endettement<sup>2307</sup>. Dans les pays anglosaxons, on utilise dans le cadre des opérations de défaillance comme entité d'accueil des dettes obligataires l'institution du trust. Pourtant, dans les pays continentaux ne connaissant pas cette institution, il est plus commode de recourir dans ce but à une forme de société commerciale dotée avec la personnalité morale<sup>2308</sup>. Si c'est toujours le cas en Grèce, l'introduction de la fiducie en France peut changer la donne et déclencher une concurrence entre cette dernière et les sociétés dans le cadre des opérations de défaillance. En tout cas, l'instrumentalisation des sociétés et de l'impératif nécessaire pour leur mise en place et fonctionnement est évidente dans le cas de leur utilisation comme structures d'accueil dans l'opération de défaillance. Et cela parce que la finalité servie par la société choisie comme structure d'accueil de la dette obligataire de la société initiatrice n'est pas d'être la forme juridique d'une entreprise, mais exclusivement de servir cette dette ; la société en cause ne dégage pas par ailleurs le plus souvent de bénéfices, car la valeur du portefeuille de valeurs mobilières qu'elle possède est calculée pour correspondre à la charge de la dette dont le

---

<sup>2304</sup> J.-P. Bertrel- M. Jeantin, op. cit., nos 222 suiv., J.-Ph. Dom, op. cit., nos 874 suiv., « Ingénierie financière, fiscale et juridique », Dalloz, ouvrage précité, n° 78.63.

<sup>2305</sup> Selon J.-P. Bertrel- M. Jeantin, op. cit., n°223, c'était la société américaine Exxon qui a en 1982 pour la première fois mis en place une opération de défaillance.

<sup>2306</sup> J.-P. Bertrel- M. Jeantin, op. cit., n° 223. il est essentiel pour l'équilibre du montage que le portefeuille en cause se compose de valeurs immobilières autant que possible sûres, notamment des obligations émises par l'État - ou garanties par lui - v. J.-P. Bertrel- M. Jeantin, op. cit., n° 239. Il est toutefois vrai que la crise financière actuelle dégrade la solvabilité de plusieurs États européens - dont la Grèce - et met en cause plus généralement la fiabilité absolue des obligations émises par des États. En tout cas, il s'agit d'un portefeuille constitué ad hoc par utilisation de la trésorerie de la société émettrice.

<sup>2307</sup> J.-P. Bertrel- M. Jeantin, op. cit., n° 222.

<sup>2308</sup> J.-P. Bertrel- M. Jeantin, op. cit., nos 231 suiv., sur les inconvénients de la constitution d'un trust à l'étranger pour faire une défaillance à l'intérieur, spéc. no 233 sur les avantages de la forme sociétaire, n° 234, sur les facteurs de choix entre les formes sociétaires.

service est assumé par la société d'accueil<sup>2309</sup>. L'objet social de la société d'accueil est étroitement défini dans le but de protéger les obligataires et de donner de la fiabilité à l'opération, et il est conseillé dans ce même but de n'opérer qu'une seule défaillance à la fois<sup>2310</sup>. Ce conseil a une valeur quand la société d'accueil n'a pas été créée ad hoc par la société initiatrice, mais il s'agit de la filiale d'un groupe bancaire ayant assumé l'opération de la défaillance, comme c'est souvent le cas<sup>2311</sup>. Des restrictions aux pouvoirs des organes sociaux de la société structure d'accueil au profit de la société initiatrice sont aussi envisageables, dans le but d'augmenter la fiabilité du montage pour les obligataires<sup>2312</sup>. Le second montage de restructuration du bas du bilan est celui particulièrement fameux- ou plutôt notoire- les dernières années dit de titrisation<sup>2313</sup>. Dans le cadre de ce montage, il ne s'agit pas - comme dans le cas de la défaillance - de faire sortir des dettes du bilan d'une sociétés, mais de sortir des créances - notamment celles garanties sur biens de toute nature -, toujours toutefois dans le but de « nettoyer » le bilan, spécialement de celui des établissements de crédit, en améliorant leur ratios sur fonds propres ; les créances en cause sont transférées à des structures d'accueil, qui financent leur acquisition par l'émission de titres négociables notamment auprès d'investisseurs privés - d'où la dénomination de titrisation<sup>2314</sup>. Les structures d'accueil des créances « titrisées » peuvent être soit des fonds communs de créances, gérés par des sociétés ayant comme but exclusif cette gestion, soit des « véhicules à but spécial » (special purpose vehicles) localisés le plus souvent à des paradis juridiques<sup>2315</sup>. Dans ce cas de figure aussi, il y a montage comme nous les entendons, car des sociétés sont instrumentalisées au-delà de leur finalité type légale de constituer des formes juridiques d'entreprises, dans le but d'effectuer des opérations spéciales servant l'activité d'autres sociétés - le plus souvent de banques -, en

---

2309 J.-P. Bertrel- M. Jeantin, op. cit., n° 234 et ibid. sur le traitement d'un bénéfice éventuel.

2310 J.-P. Bertrel M. Jeantin, op. cit., n° 235.

2311 J.-P. Bertrel- M. Jeantin, op. cit., n° 235

2312 J.-P. Bertrel- M. Jeantin, op. cit., n° 241, suggérant la possibilité de la prévision d'une double signature de la société initiatrice et de la société structure d'accueil pour tout acte sur le portefeuille des valeurs mobilières (alternativement, on peut prévoir l'exigence d'une double signature avec l'établissement de crédit ayant offert sa garantie pour la dette transférée à la société d'accueil). Par contre, les clauses d'inaliénabilité du portefeuille transféré à la structure d'accueil sont réputées trop restrictives par rapport au but poursuivi.

2313 J.-P. Bertrel- M. Jeantin, op. cit., nos 273 suiv., D. Lautier - Y. Simon « Titrisation - Analyse économique et financière », in « Ingénierie financière, fiscale et juridique », Dalloz, précité, nos 41.00 suiv., et en grec I. Venieris in « Droit de la société anonyme » dir. E. Perakis, t. 10, p. 453 suiv.

2314 J.-P. Bertrel- M. Jeantin, ibid.

2315 Sur les SPV v. D. Lautier- Y. Simon, op. cit., n° 41.161.



leur permettant d'améliorer leurs ratios et de pouvoir augmenter davantage leurs activités lucratives<sup>2316</sup>.

### **B/ Les montages en cause en droit français et en droit grec**

Les opérations de défaisance ont fait leur apparition en France vers la fin des années 1980<sup>2317</sup>. Le législateur français ne les a pas expressément réglementées, elles sont de la sorte largement restées une création de la pratique. Ce qui est essentiel pour la réussite d'une opération de défaisance est de choisir comme structure d'accueil une société du droit français ayant la personnalité morale<sup>2318</sup>. L'opinion dominante en France a écarté la technique de procéder à la mise en place de la structure d'accueil par le biais d'un apport partiel d'actif, à cause des désavantages qu'a l'application à cette opération du régime des scissions<sup>2319</sup>. L'opération de défaisance présente d'ailleurs en France quelques difficultés fiscales qui toutefois ne sont pas prohibitives pour l'opération<sup>2320</sup>. Il est aussi à rappeler que des restrictions au pouvoir des organes de la société d'accueil au profit de la société initiatrice dans le but d'améliorer la fiabilité du montage pour les obligataires sont en droit français impérativement inopposables aux tiers et que même la restriction à ces pouvoirs découlant de l'objet social de la société d'accueil est inopposable par les sociétés de capitaux aux tiers de bonne foi, situation juridique qui diminue bien sûr les garanties offertes aux créanciers<sup>2321</sup>. La restriction la plus importante provient du droit des procédures collectives, qui peut mettre en cause l'opération de défaisance elle-même et engager la

---

<sup>2316</sup> Sur les objectifs des opérations de titrisation, v. J.-P. Bertrel- M. Jeantin, n° 275.

<sup>2317</sup> J.-P. Bertrel- M. Jeantin, op. cit., n° 223. Il s'agissait d'une opération de défaisance d'un emprunt obligataire émis par la société Peugeot - v. M. K. Geary « L'expérience de Peugeot en matière de défaisance », Rev. dr. bancaire 1989, 52.

<sup>2318</sup> Sur le choix de la forme sociétaire de droit français appropriée pour l'opération de défaisance, v. J.-P. Bertrel- M. Jeantin, n° 234, et plus particulièrement sur les avantages de sociétés de personnes sur le plan fiscal, la différence étant toutefois plutôt mince pratiquement, étant donné que le plus souvent la société structure d'accueil n'est pas destinée à dégager des bénéfices. En tout cas, si un bénéfice est envisageable au niveau de la société d'accueil, on peut recourir au régime de l'intégration fiscale avec la société initiatrice. Les choses sont bien sûr beaucoup plus simples si la défaisance est effectuée par le biais d'une filiale d'un groupe bancaire.

<sup>2319</sup> J.-P. Bertrel- M. Jeantin, op. cit., n° 243. Ce qui ressemble dans le cas de la défaisance à un apport partiel d'actif est le transfert à une structure d'accueil d'un passif (un emprunt obligataire) et d'un actif y correspondant (un portefeuille de valeurs mobilières destinées au service du passif transféré). Le recours à l'apport partiel d'actif présente certains désavantages fiscaux, mais surtout juridiques, car l'application du régime des scissions donne aux obligataires une implication dans l'opération (consultation ou remboursement anticipée de leurs créances) contraire à l'économie générale de la défaisance.

<sup>2320</sup> J.-P. Bertrel- M. Jeantin, op. cit., n° 234, 243 (exclusion de taxation de plus-values), 269 suiv., notamment n° 272, discutant (et écartant) le risque de qualification de la défaisance comme acte anormal de gestion.

<sup>2321</sup> J.-P. Bertrel- M. Jeantin, op. cit., n° 2.

responsabilité des dirigeants de la société initiatrice, si la défaillance est suivie par le dépôt du bilan de la société initiatrice<sup>2322</sup>. Pour ce qui concerne le droit des obligations, l'opération de défaillance est réputée par la doctrine dominante licite dans son principe - il en résulte que l'objet de la société utilisée comme structure d'accueil dans le cadre de la défaillance est pour le droit français lui aussi licite<sup>2323</sup>. Il est toutefois à noter que par l'opération de défaillance, il n'y a pas de substitution de débiteur, car une telle substitution aurait besoin de l'accord des obligataires, mais il y a superposition d'un second débiteur - qui assume aussi le service de la dette et effectue les paiements - aux côtés du premier débiteur, à savoir de la société initiatrice de la défaillance<sup>2324</sup>. Le mécanisme du droit français utilisé par la doctrine pour analyser l'opération et fonder ce résultat est celui de la délégation imparfaite<sup>2325</sup>. Il serait toutefois préférable de prévoir expressément dans le contrat d'émission des obligations la possibilité de la défaillance, une possibilité qui peut être avantageuse pour le créancier aussi, car sa créance peut acquérir une assiette séparée du reste du patrimoine de son débiteur initial, en plus une assiette réputée par définition

---

<sup>2322</sup> J.-P. Bertrel- M. Jeantin, op. cit., n° 228, 272, sur la possibilité de l'annulation de la défaillance dans le cadre des nullités de la période suspecte et sur la défaillance comme possible faute de gestion.

<sup>2323</sup> Sur la licéité de principe de l'opération de défaillance, v. J.-P. Bertrel- M. Jeantin, op. cit., nos 257 suiv. et plus particulièrement 262, 263 du point de vue de la conformité de la défaillance au regard du monopole des établissements de crédit. V. toutefois contre la licéité de l'opération de défaillance en l'absence d'un texte législatif la reconnaissant expressément, P. Bouteiller « Du fondement juridique au regard du droit français de l'opération de réduction de l'endettement des entreprises par la méthode de l'insubstance defeasance », Les Petites Affiches, 17 févr. 1989, p. 17. Sur les difficultés résultant pour les opérations de défaillance par des clauses contractuelles d'autres emprunts du même émetteur (clauses de pari passu, de negative pledge), v. J.-P. Bertrel, M. Jeantin, op. cit., n° 266 suiv.

<sup>2324</sup> V. sur les effets de la défaillance en droit français, J.-P. Bertrel- M. Jeantin, op. cit., n° 245 suiv., 258. Sur la cession de dette en droit français, V. Y. Flour, J.-L. Aubert. Sur la possibilité de paiement d'une dette par un tiers sans agrément du créancier, v. l'art. 1236 al. 2 C. civ., J.-P. Bertrel, M. Jeantin, op. cit., n° 254, J. Carbonnier, t. 4, p. 581.

<sup>2325</sup> J.-P. Bertrel- M. Jeantin, op. cit., n° 258 suiv., avec exclusion de la technique de la novation (qui nécessiterait l'accord des obligataires) et proposition de la technique de la délégation imparfaite. Dans la délégation imparfaite il y a une relation triangulaire selon laquelle une personne (le délégataire) reçoit d'une autre personne (le délégué) un engagement de paiement de l'obligation d'une troisième personne (le délégant) à l'égard du délégataire, ce dernier acceptant le nouvel engagement, sans que le délégant soit libéré de sa dette envers le délégataire ; par contre, dans la délégation dite parfaite il y a libération du débiteur initial (v. 1275 C.civ., avec une présomption du caractère de la délégation comme imparfaite, la libération du délégué devant résulter d'une manifestation de volonté expresse du délégataire-crédancier). Dans le cas de la défaillance analysée comme délégation imparfaite, il y a possibilité de considérer qu'il y a acceptation tacite du délégataire (des créanciers obligataires), qui n'ont pas raison pour y objecter. Il est à noter que dans le cadre de la délégation l'obligation du délégué est indépendante de celle du délégant, avec comme résultat que le délégué n'a pas à l'égard du délégataire des exceptions concernant la créance du dernier sur le délégant, sauf accord expresse contraire ou mauvaise foi du délégataire. Sur les difficultés techniques - non incontournables - pouvant en résulter dans le cadre de la défaillance analysée comme délégation imparfaite v. J-P Bertrel- M. Jeantin op.cit. no . Sur la délégation imparfaite en droit français v. plus généralement J. Carbonnier, op. cit., p. 570.

particulièrement sûre<sup>2326</sup>. L'opération de défaisance effectuée de la sorte en droit français un nettoyage comptable du bilan de la société initiatrice, sans la libérer pour autant de sa dette initiale<sup>2327</sup>. Pour ce qui concerne les opérations de titrisation, ces dernières ont été expressément reconnues et réglementées par le législateur français en 1988 (loi n° 88-1201 du 23 déc. 1988), avec introduction de la structure dualiste du fonds commun des créances et de la société le gérant<sup>2328</sup>.

Selon notre connaissance, le montage de défaisance n'est pas pratiqué en Grèce, sauf éventuellement dans le secteur bancaire. Il manque aussi pour le moment des propositions doctrinales concernant le mécanisme du droit des obligations qui pourrait garantir au mieux son acculturation en droit grec. Il paraît d'ailleurs difficile de recourir aux subtilités de la délégation imparfaite, qui n'est pas connue comme contrat nommé en droit grec. On pourrait toutefois proposer comme mécanisme juridique fondant la défaisance *ex post* (après l'émission des obligations) l'acceptation cumulative de dette d'autrui, avec superposition de débiteurs (477 AK)<sup>2329</sup>. Il semble en tout cas préférable de considérer que la défaisance nécessiterait en droit grec une clause expresse la prévoyant incluse dans le contrat d'émission des obligations, cette clause pouvant produire, comme en droit français, une superposition de débiteurs au profit des obligataires<sup>2330</sup>. Cette possibilité juridique

---

<sup>2326</sup> Sur l'introduction de la clause permettant la défaisance dans le contrat d'émission de l'emprunt obligataire, v. J.-P. Bertrel, M. Jeantin, *op. cit.*, n° 261, ce procédé consolidant le recours à la technique de la délégation imparfaite. Sur les avantages éventuels des obligataires, v. *ibid.*, n° 253.

<sup>2327</sup> V. J.-P. Bertrel- M. Jeantin, *op. cit.*, nos 246 à 251, Cl. J. Ferry « Le fondement juridique de l'effet comptable de la "défaisance économique," », JCP E 1991, p. 472.

<sup>2328</sup> V. J.-P. Bertrel, M. Jeantin, *op. cit.*, nos 273 suiv., P. Didier, t. 3, p. 208.

<sup>2329</sup> Sur l'acceptation cumulative de dette d'autrui v. (en grec) A. Georgiadis « Droit général des obligations », p. 441 suiv.. Selon l'art. 477 AK, si une personne promet par le biais d'une convention avec le créancier le paiement de l'obligation du débiteur, ce dernier n'est pas libéré, mais il y a naissance d'une obligation supplémentaire (acceptation cumulative de dette d'autrui), sauf si le contraire résulte de la convention des parties sans doute possible (acceptation libératoire de dette d'autrui- art. 471 suiv.). Dans le cadre de la défaisance, on devrait réputer, comme en droit français, qu'il y a consentement tacite des créanciers pour une acceptation cumulative de dette, car les créanciers n'auraient pas normalement de raison pour opposer l'opération leur donnant un débiteur supplémentaire, avec en plus affectation spéciale d'un actif au service de leurs créances- v. sur la possibilité d'un consentement tacite du créancier dans le cadre de l'acceptation cumulative de dette d'autrui A. Georgiadis, *op. cit.*, p. 441. Pourtant, à la différence de la délégation imparfaite française, dans le cadre de l'acceptation cumulative de dette d'autrui il y a identité de nature et de contenu des deux obligations- celle initiale et celle née avec le nouvel engagement- , les deux débiteurs étant solidairement tenus à l'égard du créancier ; mais la personne qui a accepté la dette d'autrui peut opposer au créancier selon le régime des débiteurs solidaires (art. 483 suiv. AK) seulement des exceptions agissant objectivement, non par exemple la compensation avec une créance du débiteur initial sur le créancier commun.

<sup>2330</sup> Sur la cession de dette, la novation (art. 436 suiv. AK), le paiement de la dette par un tiers selon les art. 317-319 AK en droit grec, v. Ap. Georgiadis « Droit général des obligations », respectivement p. 430 suiv., 459, 487 suiv.

d'acceptation cumulative de la dette d'autrui rendrait évidemment licite pour le droit grec, comme pour celui français, l'objet de la société structure d'accueil des obligations que la société initiatrice voudrait faire sortir de son bilan. Comme en droit français, cette société doit avoir la personnalité morale pour pouvoir servir l'opération de défaisance. La technique de sa constitution par le biais d'un apport partiel d'actif semble exclue, car le droit grec ne reconnaît pas expressément cette technique comme modalité de transmission quasi-universelle de patrimoine (v. supra). Il est aussi à noter que le droit grec reconnaissait l'opposabilité aux tiers des restrictions statutaires aux pouvoirs des organes de gestion des sociétés de personnes (v. supra) - de telles restrictions pouvant être utilisées, comme nous avons vu ci-dessus, au profit de la société initiatrice, dans le but d'augmenter la fiabilité du montage de défaisance au profit des obligataires ; pourtant, depuis la réforme de 2012 du droit grec des sociétés de personnes, cette possibilité n'existe plus (v. supra, Partie I). Comme en droit français, les restrictions des pouvoirs des organes sociaux par l'objet social statutaire des sociétés de personnes, restrictions traditionnellement opposables aux tiers, seraient un facteur important en faveur du choix de ces formes sociales comme structure d'accueil, car la restriction en cause découlant de l'objet social de ces sociétés est une modalité principale de garantie des intérêts des obligataires (v. supra) ; toutefois, comme nous avons vu dans la Partie I, la réforme de 2012 a assimilé sur ce point le régime des sociétés de personnes avec celui des sociétés de capitaux. Pour le reste, dans les sociétés de capitaux du droit grec, comme dans celles du droit français, de telles restrictions résultant de l'objet social sont inopposables aux tiers de bonne foi (v. supra, Partie I) - chose qui augmente pour les obligataires le risque dans le cadre d'agissements des dirigeants de la société d'accueil dépassent la finalité du service de la dette « cédée ». Pour ce qui concerne la titrisation, cette dernière a été expressément reconnue et réglementée en droit grec en 2003 (art. 10, 11 L3156/2003) - de sorte que l'instrumentalisation de sociétés dans ce but est désormais expressément reconnue en Grèce ; la loi impose ainsi la forme juridique de l'AE aux sociétés véhicules allant acheter les créances qui vont être titrisées si ces sociétés ont leur siège en Grèce, les sociétés en cause doivent être impérativement à but exclusif et leurs actions doivent en plus être nominatives<sup>2331</sup>.

---

<sup>2331</sup> Sur l'introduction de la titrisation en droit grec v. I. Venieris, op. cit., p. 465.

## **SECTION II : L'instrumentalisation des sociétés pour des buts sans aucun doute illicites**

L'étude de l'utilisation des sociétés à des buts sans aucun doute illicites présente aujourd'hui un intérêt important, exactement parce que cette utilisation a explosé les dernières décennies, de sorte qu'aujourd'hui l'instrumentalisation en cause est un phénomène quantitativement très étendu. Il s'agit de la « face cachée » de l'ingénierie juridique ou, pour le mettre d'une manière plus réaliste, d'une véritable pathologie du droit des affaires<sup>2332</sup>. Il est d'ailleurs vrai que les efforts des législateurs de faciliter la constitution de sociétés dans le but de rendre plus simple la création d'entreprises et de maintenir la compétitivité de leurs droits des sociétés facilitent aussi les efforts d'instrumentalisation des sociétés à des buts illicites, car le recours à la forme sociétaire comme une simple coquille devient plus facile. Ce qui va nous intéresser sous l'intitulé d'instrumentalisation de sociétés à des buts sans aucun doute illicites est la cause principale de la constitution et du fonctionnement de ces sociétés. Dans certains cas, on pourrait rencontrer de telles sociétés présentant une activité économique réelle, mais dans un cadre d'un circuit illicite ou même criminel, ce qui est suffisant pour les caractériser comme servant des buts illicites. En tout cas, la loi - aussi bien française que grecque - réserve typiquement l'utilisation de sociétés dans le but de constituer des entreprises avec des objets et des activités licites et l'utilisation de sociétés dans des circuits d'activités économiques illicites est évidemment contraire à la destination légale des sociétés aussi bien en France qu'en Grèce ; les sociétés en cause ne peuvent pas ainsi être réputées de formes juridiques d'entreprises au sens normal de ce dernier terme. Pour un auteur français, c'est l'utilisation dévoyée de la personnalité morale des sociétés qui caractérise le phénomène des « sociétés écran », un intitulé qui couvre très bien la catégorie de sociétés que nous étudions dans cette Section<sup>2333</sup>. D'autre part, il est vrai que la délimitation des situations dans lesquelles il y a d'une part instrumentalisation des sociétés dans le but d'« optimisation » juridique ou fiscale, d'autre part instrumentalisation des sociétés pour des buts illicites n'est pas conceptuellement toujours facile (v. supra sur les questions et doutes entourant certains

---

<sup>2332</sup> P. Diener « Pathologie juridique et doctrine universitaire en droit des affaires », article précité.

<sup>2333</sup> Ch. Cutajar « La société écran », thèse, LGDJ 1997, préface P. Diener, spécialement nos 65 suiv. sur la définition de la société écran, cette dernière étant vue comme une utilisation de la personnalité morale des sociétés contraires à sa nature juridique, et nos 98 suiv. sur la relation entre l'utilisation dévoyée de la personnalité morale et l'ordre public.

montages d' « optimisation ») ; en plus, l'illicéité du but réel de la société n'est pas souvent facile d'être établie<sup>2334</sup>. Évidemment, des particuliers jouent assez souvent avec ces zones d'ambiguïté et d'ombre. Ce qui est sûr est que le phénomène de l'utilisation de sociétés à des buts illicites est quantitativement de nos jours particulièrement important et il mérite une étude particulière de droit comparé entre droit français et droit grec, même si la question si telle ou telle société ou catégorie de sociétés est vraiment instrumentalisée à des buts illicites est souvent difficile. Il est aussi utile de rappeler que dans la catégorie de montages que nous étudions dans cette Section l'instrumentalisation de l'impératif du droit des sociétés nécessaire pour la mise en place et le fonctionnement de sociétés est la plus problématique possible, car ces règles impératives et les effets que la loi leur attribue sont essentiellement utilisés pour la poursuite de buts contraires à l'ordre public sociétaire ou plus généralement à l'ordre public économique, social ou politique<sup>2335</sup>.

Dans un premier paragraphe, nous allons présenter - en comparant toujours le droit français et le droit grec – des cas d'instrumentalisation de sociétés à des buts frauduleux, de fraude à la loi ou aux obligations conventionnelles des particuliers (§1), tandis que dans un second paragraphe nous allons présenter l'instrumentalisation de sociétés à des buts criminels. Ce partage de la matière n'est pas bien sûr étanche, car d'une part des tentatives de fraude sont dans certaines cas pénalement sanctionnées et d'autre part l'instrumentalisation des sociétés pour des activités criminelles contient un élément nécessaire de fraude, au sens de la manipulation frauduleuse des structures utilisées ; nous le retenons pourtant au sens que dans la seconde catégorie sont regroupées des instrumentalisation de sociétés avec des buts plus agressifs et encore plus condamnables que d'échapper frauduleusement à des obligations légales ou conventionnelles.

---

<sup>2334</sup> Sur la notion d'optimisation en principe permise, car réputée comme une exploitation de la flexibilité des catégories juridiques, et sa relation avec le phénomène des sociétés écrans, dans lesquelles il y a dépassement des limites nécessaires de cette flexibilité v. Ch. Cutajar, op. cit., nos 29 suiv.

<sup>2335</sup> Cf. Ch. Cutajar, op. cit. ; no 101 : « La personnalité morale, loin de conférer une indépendance absolue à la société attributaire, la dote d'une autonomie qui en fait une société en liberté surveillée. La technique de la société écran tente d'infléchir les frontières des concepts juridiques et de cette sorte d'indépendance in mitius ne satisfait pas les desseins de la pratique qui tente alors d'en faire reculer les limites ».

## **§ 1. L'instrumentalisation des sociétés à des buts frauduleux**

### **A. Description des montages instrumentalisant les sociétés à des buts frauduleux**

#### **Les montages instrumentalisant des sociétés dans le but de la fraude aux prescriptions du droit des sociétés**

L'instrumentalisation des sociétés et de l'impératif nécessaire pour leur constitution et fonctionnement dans le but de la fraude aux prescriptions du droit des sociétés est étroitement liée au phénomène des sociétés dites holdings, des sociétés n'ayant pas pour objet l'exercice d'une activité d'entreprise (v. supra). Dans le passé, quand les conventions de vote étaient vues par l'opinion majoritaire surtout française comme illicites, les associés ou actionnaires voulant organiser une coalition recouraient souvent à la constitution d'une société holding, à laquelle ils apportaient leurs actions ou parts sociales. La convention en principe réputée prohibée était de la sorte matérialisée et « couverte » par une société dont l'objet statutaire pourrait être très large par rapport à l'utilisation réelle de la société ; c'étaient désormais les organes de la holding qui avaient le pouvoir sur les actions appartenant auparavant aux actionnaires participant à la convention de vote et c'étaient les majoritaires dans la holding qui désormais avaient essentiellement le pouvoir sur l'ensemble des actions apportées à la holding par les participants à la convention de vote<sup>2336</sup>. L'évolution du droit des sociétés avec la reconnaissance de principe des conventions de vote comme licites (v. supra) et une compréhension plus large de ce qu'on peut faire par le biais de sociétés a abouti à ce que les holdings matérialisant la convention de vote sont elles aussi vues aujourd'hui comme licites et non frauduleuses ; pourtant, le recours à une société holding pour matérialiser une telle convention peut donner aux dirigeants de la holding un pouvoir par rapport aux autres membres de la coalition qu'une simple convention de vote ne pourrait pas donner valablement (v. supra sur les limites de la licéité des conventions de vote dans les deux droits sous comparaison), d'autant plus que dans certaines formes de sociétés (SAS, commandite par actions) pouvant être utilisées comme holdings une dissociation entre la majorité de capital et la détention du pouvoir est possible. Le recours à une holding a aussi été utilisé dans le passé comme un moyen de

---

<sup>2336</sup> Sur l'utilisation de la société holding comme instrument de matérialisation d'une convention de vote v. P. Le Cannu-B. Dondero, no 940.

contournement des clauses d'agrément statutaires, clauses qui sont à l'entrecroisement entre ordre public et ordre privé en droit des sociétés (v. supra). On a ainsi vu dans le passé en France l'utilisation du procédé de l'apport ou cession d'actions soumises à une clause d'agrément à une société holding contrôlée par les actionnaires qui voulaient contourner la clause d'agrément, cette société étant déjà actionnaire très minoritaire, apport ou cession n'entrant pas au champ de la clause d'agrément, qui ne pouvait porter à l'époque en droit français que sur les cessions aux tiers, non pas sur celles entre actionnaires, suivis par la cession des actions de la holding à des tiers ; les parties du montage ont cru pouvoir accéder par le biais de la holding au résultat souhaitable, à savoir la cession de la propriété économique d'un bloc d'actions de la première société, en échappant à la portée de la clause d'agrément requise par les statuts (v. infra sur l'utilisation de ce procédé dans la fameuse à son époque affaire Lustucru)<sup>2337</sup>. Des sociétés sont aussi souvent instrumentalisées dans le but de contourner les prohibitions et restrictions de conventions entre les sociétés anonymes et leurs dirigeants. Il s'agit bien sûr de sociétés totalement contrôlées par ces derniers ou plus simplement de sociétés façades de ces derniers (v. supra à l'occasion des montages consistant à des conventions entre sociétés et dirigeants). Des montages faisant intervenir des sociétés dans le but de nuire aux minoritaires d'autres sociétés sont aussi plus généralement imaginables. Dans la jurisprudence grecque on a rencontré ainsi un cas de montage pour lequel le plaideur a invoqué qu'il instrumentalisait une société étrangère absolument contrôlée par les majoritaires d'une AE dans le but de nuire aux droits du minoritaire de cette dernière (le plaideur), en le privant de sa participation indirecte à la valeur de sa société au profit des seules majoritaires : la société anonyme grecque en cause possédait comme son actif essentiel un bloc important d'actions d'une autre société qui allait être admise à la Bourse grecque, avec comme résultat escompté la hausse spectaculaire de la valeur commerciale de ces actions ; les majoritaires de l'AE détentrice de ce bloc d'actions, agissant en leur qualité de dirigeants, l'ont vendu avant introduction de ces actions à la Bourse à une société luxembourgeoise totalement contrôlée par eux, à une valeur très inférieure à leur valeur comptable et constituant une fraction insignifiante de la valeur escomptée de ces actions après leur admission imminente à la Bourse ; les majoritaires se sont efforcés de la sorte essentiellement d'accaparer par le

---

<sup>2337</sup> Sur les efforts de fraude aux clauses d'agrément par le biais de sociétés v. M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy no 734, A. Martin-Serf « Sociétés fictives et frauduleuses » in Jurisclasseur sociétés, no 69.



biais de leur société luxembourgeoise la totalité de la valeur de l'actif essentiel de leur AE, en privant le minoritaire de toute participation indirecte à cette valeur<sup>2338</sup> .

### **Les montages instrumentalisant les sociétés dans le but de contourner la législation du droit du travail**

Le droit du travail n'est pas bien vu par plusieurs hommes d'affaires, étant réputé par eux facteur de « rigidité » et de complications, notamment dans une époque où les frontières pour le mouvement du capital sont tombées et les entrepreneurs peuvent faire facilement la comparaison avec des pays « paradis sociaux » (pour les employeurs). Des efforts n'ont pas manqué d'organiser de tels « paradis » chez soi, en évitant les coûts et les risques des délocalisations, par le biais de l'utilisation de sociétés. En France, on a rencontré des efforts d'instrumentaliser les sociétés dans le but de contourner la législation imposant la constitution de comités d'entreprises déjà dans la première période d'après-guerre. Le procédé utilisé dans ce but était plutôt simpliste, avec la constitution de plusieurs sociétés pour exprimer juridiquement la même entreprise, chacune d'elles employant un nombre d'employés inférieur au minimum légal nécessaire pour engendrer l'obligation de constitution d'un comité, les employeurs mettant en place ce montage croyant qu'ils évinçaient de la sorte l'application du droit du travail et de son ordre public en la matière ; la seule raison d'être de chacune de ces sociétés étaient ainsi la fraude à l'impératif du droit du travail concernant la constitution de comités d'entreprise<sup>2339</sup>. Plus récemment, on a toutefois rencontré en France des montages sociétaires plus ambitieux, visant à exclure non seulement un aspect du droit du travail, mais l'ensemble de ce droit et de son impératif, dans le cadre de relations qui pourtant demeurent essentiellement des relations de travail subordonné. La pratique utilisée dans ce but peut consister à la constitution d'une société entre l'employeur - le plus souvent une société - et ses employés. Cette société peut être une société de participation occulte, le travailleur se présentant comme un travailleur indépendant, tout en étant essentiellement sous le contrôle de la société qui l'emploie et qui dans leurs relations est présentée comme son associée. Ce montage est particulièrement utilisé en France dans le cadre des relations entre les sociétés de transport et les camionneurs<sup>2340</sup>. D'autres montages peuvent aussi être utilisés, avec les travailleurs se présentant comme associés de sociétés cette fois publiées, des sociétés exerçant une

---

<sup>2338</sup> V. sur cette affaire Areios Pagos 1298/2006, EEmpD 2006, p. 545, obs. G. Sotiropoulos.

<sup>2339</sup> V. sur ce montage, A. Martin-Serf, op. cit. n° 80 .

<sup>2340</sup> M. Cozian, A. Viandier, Fl. Deboissy, no 1255, A. Martin-Serf op. cit. no 49.

activité réputée indépendante ; c'est toutefois toujours une autre société qui maintient le contrôle de l'activité exercée, les associés apparents étant essentiellement ses subordonnés. La société essentiellement employeuse peut ou non avoir une participation dans la société dépendante couvrant la relation réelle de subordination existant avec les travailleurs<sup>2341</sup>. En Grèce aussi on a rencontré des cas de sociétés - notamment des sociétés de personnes - dissimulant une relation de travail subordonné entre «associés», dans le but de contourner la législation protectrice des travailleurs, mais aussi le droit de la sécurité sociale<sup>2342</sup>.

### **Les montages sociétaires visant à frauder les droits des créanciers et plus généralement les droits des tiers**

Les montages sociétaires visant à frauder les droits des créanciers sont essentiellement de deux catégories. La première catégorie implique des sociétés qui se présentent comme des structures d'activité économique, ayant des transactions avec des tiers et assumant des obligations à leur nom. Pourtant, bien que normalement constituées, les sociétés en cause ne sont que de simples façades pour l'activité du véritable maître de l'affaire, personne physique ou morale, qui utilise le patrimoine de ces sociétés comme son patrimoine propre, ne respectant pas les prescriptions du droit des sociétés concernant la séparation de patrimoine entre société et associés, notamment dans les sociétés de capitaux, ou qui les instrumentalise dans le but de fraude aux droits des cocontractants. Le maître de l'affaire espère de la sorte combiner les avantages offerts par la limitation de la responsabilité des associés dans les sociétés à risques limités, souvent avec une utilisation de l'actif de la société comme son propre actif, en abandonnant - si les choses vont mal - aux créanciers sociaux une coquille vide absolument insolvable et en fraudant le gage légal des créanciers. Cette catégorie de montages peut ainsi être encore liée à l'exercice d'une entreprise, soit individuelle (v. supra Titre I de cette Partie), soit exercée par une autre société (v. supra sur le groupe de sociétés et notamment sur les conditions de responsabilité des sociétés mères pour les dettes de leurs filiales). Mentionner de nouveau à cette place consacrée aux sociétés frauduleuses ne constituant pas d'expressions juridiques d'entreprises ces montages, c'est rappeler les formes pathologiques que peuvent prendre la mise sous forme sociétaire de l'entreprise individuelle ou l'organisation de l'entreprise sous forme de groupe de sociétés ; dans ces cas pathologiques, le caractère frauduleux des sociétés en cause est tellement prépondérant que ces sociétés sont de

---

<sup>2341</sup> V. A.Martin-Serf, op. cit. no 49.

<sup>2342</sup> V. N. Rokas, op. cit., p. 55, K. Karayannis, thèse précitée, p. 248 .

simples instruments de fraude, de sorte qu'on ne peut pas les qualifier vraiment d'expressions juridiques d'entreprises (v. pour le reste supra les développements sur la pathologie des sociétés dans le cadre de la mise d'une entreprise individuelle sous la forme de société et dans celui du groupe de sociétés)<sup>2343</sup>. La seconde catégorie de montages sociétaires que nous présentons dans cette unité est celle concernant l'organisation de la fraude aux droits des créanciers non de la société mais d'une autre personne, le plus souvent du maître de l'affaire. Cette fraude peut être une fraude paulienne classique, le maître de l'affaire-débiteur visant à faire échec aux droits de ses créanciers soit en apportant, soit en vendant à une société le plus souvent totalement contrôlée par lui des biens avec une valeur importante, notamment des immeubles, mais aussi le fonds de commerce ou la totalité de son entreprise au sens du droit grec (v. supra sur les conditions de la fraude paulienne dans les deux droits sous comparaison)<sup>2344</sup>. Il est à noter que la doctrine française considère qu'il y a fraude paulienne dans le cas d'apport d'un bien à la société –si bien sûr les autres conditions de cette fraude sont réunies-, bien que les droits sociaux acquis en contrepartie de l'apport se substituent dans le patrimoine de l'associé au bien apporté ; le fondement de ce point de vue est la réflexion que la difficulté pour le créancier de réaliser après saisie ces droits sociaux de sociétés non seulement fermées mais aussi suspectes affaiblit son droit de gage général par rapport à l'inclusion dans ce dernier du bien apporté, qui pourrait trouver beaucoup plus facilement acheteur (le plus souvent d'ailleurs on doit s'attendre dans ces cas d'une minoration artificielle de la valeur du bien apporté et des droits sociaux acquis en contrepartie de cet apport)<sup>2345</sup>. Pour ce qui concerne les sociétés de personnes du droit grec, il y a un motif supplémentaire pour leur utilisation dans le cadre d'efforts de fraude aux droits des créanciers personnels, parce que selon le droit grec la participation sociale à de telles sociétés est de droit impératif insaisissable ; on peut en plus rechercher l'objectif de fraude par l'organisation de deux sociétés façades, l'une à risques limités, l'autre de personnes possédant l'ensemble des droits sociaux de la première, avec comme résultat un double cloisonnement des biens qu'on veut soustraire à ses créanciers (v. pourtant supra sur la possibilité d'une exclusion forcée de l'associé d'une société de personnes personnifiée à l'initiative d'un de ses créanciers introduite par la réforme de 2012 du droit grec de ces sociétés – mais cette exclusion, équivalant à une liquidation partielle de la société de personnes, présente des

---

<sup>2343</sup> Sur l'utilisation des sociétés écran comme moyen de contourner le gage général des créanciers v. A. Martin-Serf, op. cit. nos 53 suiv., Ch. Cutajar, thèse précitée, no 105 suiv..

<sup>2344</sup> Sur l'utilisation de sociétés dans le cadre de la fraude paulienne, v. M. Cozian, A. Viandier, Fl. Deboissy, n° 1191 (utilisation de la société civile immobilière), A. Martin-Serf, op. cit., no 54.

<sup>2345</sup> V. A. Martin-Serf, op. cit. nos 54-56.

difficultés pratiques dans le cadre du montage en cause, l'actif de la société de personnes étant constituée d'actions d'une société anonyme fermée)<sup>2346</sup>. Pour ce qui concerne les actions nominatives grevées de clause d'agrément, il y a une différence importante entre les deux droits sous comparaison, car en droit français la clause d'agrément est réputée concerner aussi la cession forcée de ces actions à la suite de leur saisie par les créanciers personnels de l'actionnaire, tandis qu'en droit grec l'opinion dominante exclut l'application de ces clauses en cas de saisie et de vente forcée des actions, avec comme résultat que les sociétés anonymes avec actions nominatives et clauses d'agrément peuvent être mieux utilisées en France qu'en Grèce dans un but de fraude aux droits des créanciers des actionnaires ; c'est pourquoi le montage de l'intervention d'une société de personnes comme actionnaire (v. ci-dessus) pouvait devenir encore plus utile dans le but d'un double cloisonnement face aux créanciers en droit grec<sup>2347</sup>. Pareille est la situation pour les SARL/EPE, avec le droit français imposant une clause d'agrément ex lege pour les cessions des parts sociales aux tiers applicable aussi à la vente forcée des parts à la suite d'une saisie, tandis qu'en droit grec, même si les statuts prévoient l'inaliénabilité des parts, ces dernières sont saisissables sur autorisation du tribunal (art. 30 L3190/1955)<sup>2348</sup>. Pour les IKE du droit grec – nouvelle forme sociale proposée comme sorte d'EPE modernisée, la loi grecque prévoit expressément la saisissabilité de leurs parts suivant un dispositif spécial, même en cas de prévisions statutaires restreignant leur cession (art. 88 L4072/2012) – et de la sorte cette forme sociale n'est pas offerte au cloisonnement absolu frauduleux de la participation de l'associé face à ses créanciers. La fraude aux droits des créanciers peut en plus être recherchée ab initio, par un compartimentage artificiel de certains biens - notamment de nouveau d'immeubles - à des structures sociétaires juridiquement distinctes de la structure qui exerce l'activité économique engendrant des dettes, bien qu'il ne soit pas toujours facile de définir des limites entre le compartimentage artificiel et celui licite (v. supra sur le montage français du couple société d'exploitation/société civile immobilière, mais aussi celui grec de la segmentation des risques par le biais du recours à des sociétés off-shore)<sup>2349</sup>. On rencontre aussi des cas d'instrumentalisation de sociétés dans le but

---

<sup>2346</sup> V. sur ce montage K. Karayannis, thèse précitée, p. 580.

<sup>2347</sup> V. ainsi pour le droit français P. Le Cannu - B. Dondero no 1180 et sur les SAS no 1037 et pour le droit grec G. Sotiropoulos in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 1, p. 426.

<sup>2348</sup> V. pour le droit français P. Le Cannu-B. Dondero no 1307 et pour le droit grec N. Rokas, op. cit., p. 552.

<sup>2349</sup> Sur un cumul possible entre la fraude au droit de travail et la fraude aux droits de créanciers v. K. Karayannis, op. cit. p. 248 et sur l'éventualité d'un recours à une AE dans le but de frauder les droits des créanciers ibid p.300.

d'échapper frauduleusement à des obligations spéciales de faire ou de ne pas faire, p. ex. des promesses de vente d'un bien, qui est apporté à une société pour échapper à la poursuite in natura du créancier<sup>2350</sup>. Assez répandue est aussi dans les deux pays sous comparaison l'instrumentalisation de sociétés pour frauder les droits patrimoniaux des membres de la famille (conjoint, héritiers réservataires) que les ordres publics aussi bien français que grec entendent protéger ; il s'agit toujours soit d'un effort de substituer aux biens apportés des droits sociaux de valeur moindre au détriment des héritiers, soit d'un effort de transférer la propriété économique du bien apporté à titre gratuit par le biais d'opérations artificielles sur les droits sociaux (v. ci-dessous sur les sociétés couvrant essentiellement des donations), soit de rendre plus difficiles les poursuites du conjoint<sup>2351</sup>. Il est à noter que pour ce qui concerne les efforts de fraude aux droits des créanciers personnels déjà existants du maître de l'affaire par le biais de vente ou d'apport à une société d'un fonds de commerce du droit français ou d'un patrimoine ou entreprise au sens du droit grec (v. supra sur ces notions et leurs différences), il y a application des dispositifs d'ordre public économique des deux droits protégeant les créanciers personnels en cas de telles opérations, sans besoin pour les créanciers d'invoquer une fraude, ces dispositifs imposant des restrictions aux effets de la fraude visant à soustraire des biens importants à leur gage. Ainsi, en droit français, en cas de vente du fonds à une société il y a application du dispositif sur la publicité obligatoire et les oppositions des créanciers du cédant (de tout créancier, indépendamment de la provenance de sa créance de l'activité d'entreprise du cédant ou non –L141-12 suiv. C.com.), avec priorité de ces derniers sur le prix payé par l'acquéreur et possibilité de tout créancier de surenchérir pour le sixième (L141-19 C. com.), possibilité avec importance évidente pour les cas de cession frauduleuse du fonds pour un prix particulièrement bas à une société façade du cédant ; comme nous avons vu ci-dessus, en cas d'apport du fonds à une société en constitution ou déjà existante, le droit français prévoit la même procédure de publicité et d'opposition des créanciers de l'apporteur, avec charge pour les associés ou l'un d'eux de demander la nullité de la société ou de l'apport du fonds dans un délai de quinze jours après connaissance du passif de l'apporteur du fonds, le non-exercice de ce droit d'agir en nullité ou le rejet de l'action la demandant ayant comme conséquence que la société devient solidairement tenue avec l'apporteur du fonds pour les créances annoncées (L141-21, L141-22 C.com.). En droit grec, il y a application de l'art. 479 AK sur la responsabilité solidaire du cessionnaire en cas de cession d'un patrimoine ou entreprise jusqu'à la valeur des éléments patrimoniaux les

---

<sup>2350</sup> V. A. Martin-Serf, op. cit., nos 64 suiv..

<sup>2351</sup> A. Martin-Serf, op. cit., no 76.

formant, disposition applicable aussi bien en cas de vente que d'apport en société d'un patrimoine ou entreprise ; pour ce qui concerne toutefois la cession ou apport d'une entreprise, il s'agit de responsabilité du cessionnaire ex lege seulement pour les dettes du cédant nées de l'exercice de cette entreprise, à la différence du dispositif du droit français pour les mêmes opérations sur le fonds de commerce, et de la sorte les créanciers personnels du vendeur ou apporteur de l'entreprise dont les créances n'avaient pas été nées dans le cadre de son exercice de l'activité d'entreprise (p. ex. créances d'aliments, créances nées d'un délit sans rapport avec cette activité) n'en sont pas protégés en cas de fraude ; mais si l'entreprise ou un bien particulier vendu ou apporté était l'élément patrimonial unique ou essentiel du cédant ou apporteur, il s'agit de cession ou apport de patrimoine, et il y a responsabilité solidaire de la société cessionnaire pour l'ensemble des dettes du cédant. La doctrine grecque exige plus généralement pour l'application de l'art. 479 AK dans ce dernier cas connaissance du cessionnaire que le bien cédé était le seul élément patrimonial ou l'élément patrimonial essentiel du cédant ; mais dans le cas de la vente ou apport de l'entreprise ou d'un bien de valeur à une société de façade du cédant une telle connaissance va de soi, pourvu bien sûr qu'on puisse prouver ce caractère de la société.

### **Les montages sociétaires visant à frauder les droits du fisc**

Cette catégorie de montages instrumentalisant les sociétés à des buts illicites ont pris un essor particulièrement grand les dernières décennies. Il s'agit d'ailleurs de la catégorie de montages dans laquelle la délimitation entre ce qui est optimisation tolérable (ou même pour certains louable) et ce qui est fraude est souvent difficile à établir (v. supra sur les différents montages d' « optimisation fiscale » dans les deux pays sous comparaison et les risques d'être qualifiés de frauduleux). On peut toutefois relever certains cas de montages sociétaires dans lesquels la fraude aux droits du fisc est indéniable. Un premier montage sociétaire visant sans aucun doute à frauder le fisc est celui faisant impliquer des sociétés - dites sociétés « taxis » - dans les techniques organisant la fraude à l'obligation de payer la TVA, techniques dites en France « fraude-carrousel »<sup>2352</sup>. Il s'agit de montages internationalement connus, impliquant souvent le grand banditisme et pouvant aller jusqu'à des niveaux de sophistication parfois selon d'éminents auteurs « admirables »<sup>2353</sup>. Les

---

<sup>2352</sup> Sur la « fraude carrousel », v. M. Cozian « Précis de fiscalité des entreprises », no 1221, A. Martin-Serf, op. cit., no 62, et en grec au site Forologikanea.gr « Méthodes d'évasion fiscale ».

<sup>2353</sup> M. Cozian, ibid., parlant de certains circuits de fraude carrousel comme « de véritables chefs-d'oeuvre d'ingénierie juridique et fiscale », avec la mise en oeuvre de plusieurs sociétés « complices » et « tampons », souvent dans plusieurs États.

sociétés taxis sont des sociétés normalement constituées - les prescriptions de l'impératif sociétaire étant de la sorte respectées sous ce point de vue - qui interviennent dans le circuit des échanges comme intermédiaires, en facturant la TVA aux entreprises auxquelles elles vendent des biens, tout en « omettant » de payer au fisc les sommes dues à ce titre avant de tomber en sommeil, d'autres sociétés taxis étant activées pour prendre le relais de la fraude ; les intéressés puisent d'ailleurs souvent dans le dépôt très large de sociétés déjà constituées en masse et demeurant en sommeil dans le but d'être utilisées un jour comme structures « taxis » (v. supra sur les sociétés en sommeil dans les deux droits sous comparaison)<sup>2354</sup>. Le procédé utilisé permet un circuit avec déduction de la TVA à chaque maillon de la chaîne - éventuellement avec remboursement à la société taxi de crédit de TVA - sans toutefois paiement de la charge de la TVA à un ou plusieurs maillons de cette chaîne correspondant à l'intervention des sociétés taxis, chose qui permet de vendre au bout de la chaîne à des prix cassés<sup>2355</sup>. La société taxi peut aussi être utilisée pour émettre des factures fictives destinées à diminuer frauduleusement le résultat imposable de la société mettant le montage en place<sup>2356</sup>. L'autre grande sous-catégorie de montages visant à frauder le fisc et connue aussi bien en France qu'en Grèce concerne les transactions internationales, avec interventions de structures localisées dans des paradis fiscaux. Comme nous avons vu dans le chapitre précédent, le montage en cause est souvent utilisé dans le cadre de groupes de sociétés. La société off-shore peut intervenir comme un maillon dans la circulation de biens au sein du groupe, son rôle étant plus ou moins artificiel<sup>2357</sup>. Elle peut d'ailleurs se voir reconnaître la propriété de certains droits spéciaux - notamment de propriété intellectuelle - lui permettant de recevoir des redevances gonflées de la part des autres sociétés du groupe<sup>2358</sup>. Dans tous ces cas de figure, le but recherché est évidemment de transférer artificiellement la part des bénéfices du groupe la plus grande possible à la juridiction d'un paradis fiscal dans lequel a son siège la société off-shore, dans le but de payer le moins d'impôts possible<sup>2359</sup>. En France, on a connu en plus des cas de sociétés titulaires de certains droits - notamment d'exploitation de l'oeuvre d'artistes - localisées dans des paradis fiscaux, dans le but de frauder les droits du fisc, des sociétés

---

<sup>2354</sup> M. Cozian « Précis de fiscalité », *ibid.*

<sup>2355</sup> M. Cozian, « Précis de fiscalité », *ibid.*

<sup>2356</sup> V. A. Martin-Serf, *ibid.*

<sup>2357</sup> M. Cozian « Précis de fiscalité des entreprises », nos 868 suiv., spéc. n° 871, Ch. Cutajar, thèse précitée, n° 110 suiv., P. Douvis « Activités off-shore », précitée, p. 51 suiv. V. aussi Ch. Cutajar, *ibid.* sur le transfert de bénéfices par le biais de holdings de participation.

<sup>2358</sup> M. Cozian, *op. cit.*, n° 871, K. Douvis, *op. cit.*, p. 71.

<sup>2359</sup> M. Cozian, *op. cit.*, n° 871, plus généralement sur les difficultés techniques pour obtenir ce transfert artificiel de bénéfices.

qui n'appartenaient pas à des groupes de sociétés<sup>2360</sup>. Même en dehors du recours à des sociétés off-shore, on voit aussi dans les deux pays des cas d'activités essentiellement individuelles ne constituant pas des entreprises – notamment de nouveau dans le cadre d'activités d'artistes - mises sous la forme de sociétés de capitaux propriétaires des droits sur l'oeuvre de l'artiste ; le but du montage est de faire l'artiste bénéficiaire du régime fiscal des sociétés de capitaux qui est plus favorable que l'imposition des revenus nés de ces activités au nom de leur titulaire réel, normalement avec les taux les plus élevés de l'échelle progressive de l'impôt sur le revenu des personnes physiques<sup>2361</sup>. On rencontre aussi parfois le déguisement en société de contrats de vente ou de donation avec le même but, à savoir la fraude fiscale : apport d'un bien en société suivie par la cession à titre onéreux des droits sociaux dans le but de transférer la propriété sur l'immeuble tout en bénéficiant de l'imposition plus légère de la cession des droits sociaux - v. pourtant supra sur les progrès de la neutralité fiscale en matière de sociétés à prépondérance immobilière en France mais aussi récemment en Grèce - , apport d'un bien à une société combiné avec sa sous-évaluation ou la surévaluation de l'apport de l'autre associé ou de la fictivité de l'apport de ce dernier, aboutissant à une donation de fait du bien apporté. Il est toutefois vrai que la fiscalité peut ne pas constituer le motif unique ou principal du recours à ces montages ; la dissimulation d'une vente en société peut ainsi viser à exclure en droit français la réglementation sur les ventes lésionnaires et la donation peut viser essentiellement à frauder les droits des héritiers réservataires<sup>2362</sup>.

#### **Les montages sociétaires utilisés dans le but de contourner d'autres prescriptions de l'ordre public économique**

D'autres utilisations de sociétés dans le but de faire fraude à l'ordre public économique largement conçu sont rencontrées dans les deux pays que nous comparons, la France et la Grèce. En France, des dirigeants ayant conduit leurs sociétés à une procédure collective, des dirigeants que le droit français entendait éliminer de la société, s'étaient efforcés de prendre de nouveau le contrôle de l'entreprise, en constituant une autre société sous leur contrôle absolu, destinée à se présenter comme le repreneur de l'entreprise, dans le cadre de la procédure dite de cession d'entreprise (v. supra, Partie I) ; l'objectif était de reprendre le contrôle de l'entreprise avec le paiement d'un prix souvent très bas (car les tribunaux français favorisaient souvent excessivement les repreneurs dans le but de la

---

<sup>2360</sup> M. Cozian, op. cit., n° 889, A. Martin-Serf, op. cit. no 63.

<sup>2361</sup> V. A. Martin-Serf, op. cit., no 59.

<sup>2362</sup> V. sur ces cas de figure A. Martin-Serf, op. cit., nos 46-47, et plus généralement pour d'autres cas de figure de fraude fiscale par l'utilisation de sociétés nos 58 suiv.



continuité de l'exploitation), tout en laissant les dettes antérieures à la société initiale qui allait être dissoute<sup>2363</sup>. Le recours à la forme sociétaire avec l'égalité présumée des relations entre associés a été aussi utilisé dans les deux pays sous comparaison dans le but d'évincer l'application de législations protectrices spéciales pour la partie présumée la plus faible même en dehors du droit du travail ; on a rencontré de la sorte l'utilisation de sociétés pour dissimuler des rapports juridiques de baux commerciaux ou de prêts, l'utilisation de sociétés pour contourner la législation prohibant l'usure étant d'ailleurs très ancienne<sup>2364</sup>. On rencontre aussi des sociétés constituées dans le seul but de contourner la prohibition pour certaines personnes d'exercer une profession ou activité ou l'exigence de certaines conditions que la personne concernée ne réunit pas ; la société est essentiellement utilisée comme personne interposée, tandis que l'activité en cause est en fait exercée par le maître de l'affaire, qui en collecte les bénéfices<sup>2365</sup>. On voit aussi des tentatives de contournement de la prohibition d'exercice de certaines activités par certaines personnes ou de l'intransmissibilité de l'autorisation administrative nécessaire pour l'exercice d'une activité p. ex. par le biais de la constitution d'une société, notamment commandite, entre les cédants et les cessionnaires de l'entreprise et apport de l'autorisation à cette société, la participation des cédants comme commanditaires étant seulement apparente et visant à masquer la cession prohibée de l'autorisation<sup>2366</sup>. Un cas de tentative de contournement d'une législation impérative spéciale grecque peut aussi être mentionné : la loi grecque prohibe aux étrangers (aujourd'hui non communautaires) personnes physiques ou morales l'acquisition d'immeubles à certaines zones frontalières réputées sensibles du point de vue de la sécurité nationale, prohibition qui, tout en étant inspirée par des motifs non économiques, fait partie de l'ordre public économique grec largement conçu, car elle interfère dans les transactions économiques. Des citoyens étrangers s'étaient efforcés de contourner cette prohibition en constituant une EPE (SARL du droit grec) qui, comme titulaire de la nationalité grecque (v. supra sur la question de la nationalité des sociétés), échapperait dans l'esprit des promoteurs de ce montage à la prohibition en cause et pourrait

---

<sup>2363</sup> J.-Ph. Dom, thèse précitée, nos 888 suiv. V. aussi l'affaire jugée par CA Paris 29 sept. 1995, Frangil, Bull. Joly, 1995, p. 1080, note Ch. Prieto (usage frauduleux d'une société en sommeil pour tourner les règles de liquidation judiciaire affectant une autre société).

<sup>2364</sup> Sur de tels montages, v. p. ex. A. Martin-Serf, op.cit. nos 41 suiv., not. no 48, K. Karayannis, op. cit., p. 302 (conclusion de société à durée déterminée relativement courte entre le bailleur et le locataire, p. ex. société commandite avec participation symbolique du locataire, à laquelle est loué l'immeuble, dans le but de contourner la législation protectrice des baux commerciaux, concernant notamment la durée minimum de la location et l'évolution du loyer).

<sup>2365</sup> Sur de tels cas de figure v. A. Martin-Serf, op. cit. nos 72-73, K. Karayannis, op. cit. p.302.

<sup>2366</sup> V. ainsi l'espèce décrite dans la consultation du Pr. K. Pamboukis (en grec) « Participation simulée à une société commandite », El. Dik. 1989, p. 927, K. Karayannis, op. cit., p. 249-250.

acquérir l'immeuble dans une zone sensible, les associés acquérant de la sorte la propriété économique (indirecte) de l'immeuble<sup>2367</sup>.

## **§ 2. La réaction des deux droits sous comparaison aux montages instrumentalisant les sociétés à des buts frauduleux**

### **A/ La réaction du droit français**

La réaction du droit français face aux montages instrumentalisant les sociétés à des buts frauduleux est d'abord fondée sur les mécanismes classiques de la fictivité et de la fraude (v. supra, Partie I). En effet, la société constituée dans un but frauduleux peut tout d'abord être fictive, au prolongement de la théorie du droit commun de la simulation frauduleuse, le résultat frauduleux étant poursuivi par la dissimulation d'une relation juridique sous une société qui n'est voulue que comme façade de cette relation (bien que toute société fictive ne soit pas nécessairement frauduleuse –v. supra, Partie I). Le résultat particulier pour le droit des sociétés en est la nullité de cette société fictive car simulée, comme il lui manque des éléments essentiels du contrat de société, notamment l'affectio societatis, autrement dit la volonté de former une communauté de risques, de décisions et de résultats, pierre angulaire de l'ordre public classique de la société conçue comme contrat toujours en vigueur en France (v. supra Partie I sur l'affectio societatis et son rôle dans l'ordre public sociétaire). Le défaut d'affectio societatis est notamment recherché et établi dans le cadre de sociétés masquant des relations réelles de travail subordonné. C'est exactement la réalité de la subordination économique et décisionnelle de l'une des parties à l'égard de l'autre qui exclut l'existence d'une société valable, car la société suppose toujours un minimum d'égalité entre actionnaires, allant de pair avec la communauté de risques, de résultats et de décisions. Dans les cas des sociétés de participation couvrant une relation de travail salarié, notamment dans le secteur des transports routiers, la Cour de cassation

---

<sup>2367</sup> Sur ce montages v. K. Rigas, monographie précitée p. 154 suiv. La prohibition a été introduite par un décret-loi du 22/24-06-1927 et la matière est aujourd'hui réglementée par les articles 24 suiv. de la loi 1890/1990. Selon l'art. 24 de cette loi est prohibée tout acte juridique entre vifs par le biais duquel serait constituée au profit de personnes physiques ou morales ayant citoyenneté ou siège autre que ceux des pays de l'Union européenne ou de l'Espace européen de libre échange un droit réel ou relevant du droit des obligations sur des immeubles situés dans les régions frontalières telles que définies dans la loi. La même prohibition vaut pour tout transmission des actions ou parts sociales ou changement dans les personnes des associés des sociétés de toute forme ayant à leur propriété de tels immeubles. La loi prévoit toutefois la possibilité de dérogation à cette prohibition de principe par le moyen d'autorisation spéciale administrative.

procède tout simplement à la requalification de la société nulle comme telle en contrat de travail, en imposant ainsi l'application de la législation protectrice d'ordre public du droit du travail<sup>2368</sup>. Dans d'autres cas impliquant des sociétés de capitaux, la jurisprudence a considéré comme fictives les sociétés couvrant des relations juridiques de travail subordonné, tout en retenant la réalité de ce dernier rapport juridique. Pour ne citer qu'un exemple, un groupe de sociétés avait organisé une chaîne hôtelière par le biais de la constitution de plusieurs sociétés (SARL) liées avec une filiale du groupe par le biais de contrats de franchise. La cour a établi la réalité de la subordination à l'égard du franchiseur des personnes présentées comme gérants des sociétés franchisées par le biais d'un faisceau d'indices, notamment l'absence de toute autonomie décisionnelle des gérants à l'égard du groupe, en considérant que les sociétés en cause étaient fictives et qu'elles couvraient une réalité de rapports de travail subordonné. Le recours à la fictivité a permis à la cour d'éviter le besoin d'établissement exprès d'une intention exclusivement frauduleuse - pourtant, on ne pourrait pas considérer la direction du groupe ayant organisé le montage en cause comme naïve et dans les circonstances relevées par la Cour il semble certain qu'on a voulu contourner la législation du droit du travail<sup>2369</sup>. Pourtant, la fictivité ne se présume pas dans tous les cas où une relation de travail subordonné a « évolué » en relation sociétaire, la jurisprudence française ayant en plus dans certains cas une attitude bienveillante à l'égard de montages comprenant une telle « évolution » douteuse<sup>2370</sup>. La fictivité est aussi plus

---

<sup>2368</sup> V. p. ex. Ch. soc. C. cass. 14 mai 1992, Bull. civ. V., n° 313, 25 octobre 2005, Bull. Joly Soc. 2006 § 79, p. 395, note B. Saintourens, M. Cozian, -A. Viandier- Fl. Deboissy, n° 1255.

<sup>2369</sup> CA Paris 7 juin 2001, SA SCHE c/Berthet, RJDA 2002, note Ch. Cutajar.

<sup>2370</sup> V. Ch. com. C. cass. 10 février 1998, SA ED Le Maraîcher, Bull. Joly Soc. 1998, § 249, p. 767 suiv., obs. J.-J. Daigre, M. Cozian, -A. Viandier-Fl. Deboissy, n° 138. Dans cette affaire, une société exploitant des supermarchés dans toute la France a proposé à ses salariés de constituer des sociétés anonymes (auxquelles la société maître de l'affaire allait participer avec une seule action comme moyen de surveillance de l'intérieur), ces sociétés prenant en location gérance des fonds de commerce de la première société portant sur l'activité de distribution de fruits et de légumes et situés à l'intérieur des emplacements de la première société, qui maintenait le contrôle sur le marché. Des différends ayant surgi, les ex-salariés ont demandé l'annulation du contrat de location-gérance mais aussi des sociétés pour défaut d'affectio societatis. La CA Paris leur a donné gain de cause, en considérant que les contrats de société n'étaient conclus que pour permettre la conclusion des contrats de location gérance, la divergence des motifs des parties (la société voulait maintenir son contrôle sur les fonds de commerce, les ex-salariés voulaient accéder à l'exercice d'une activité commerciale) excluant l'existence d'une affectio societatis conçue comme intention de s'associer dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité. En retenant une conception minimaliste de l'affectio societatis, la Cour de cassation a considéré que les motifs subjectifs des parties n'entrent pas dans la considération de cette notion et que les motifs divergents relevés par la CA n'étaient pas étaient impropres à exclure la volonté des associés de s'associer, en rejetant ainsi comme cause d'annulation des sociétés l'argument de la divergence des motifs des associés. Il est vrai que dans cette affaire on n'avait pas invoqué même indirectement une fraude au droit du travail ou au droit social et selon l'annotateur de l'arrêt il s'agissait d'un procédé d'« externalisation » en soi parfaitement licite. Nous croyons toutefois que la frontière entre externalisation et fraude au droit du travail est difficile à établir et qu'on doit être réservé à l'égard d'efforts d'employeurs de substituer à une relation de travail subordonné une activité

généralement et en dehors du contrat de travail le moyen permettant de détruire l'apparence de la société frauduleusement simulée et établir la réalité d'un autre rapport juridique dissimulée mis sous l'apparence de société dans le but de contournement d'autres législations protectrices d'une des parties ou d'un tiers ; de la sorte, la règle impérative que les parties ont voulu expulsée va être appliquée dans la relation juridique réelle, soit en réglementant cette relation, qui développe pour le reste ses effets, soit en en constituant une cause de sa nullité, totale ou partielle<sup>2371</sup>. La fictivité peut aussi être un moyen utile pour établir la réalité et appréhender le patrimoine du véritable maître de l'affaire avec l'action en déclaration de simulation, en déjouant ainsi des efforts de fraude au gage de ses créanciers personnels et plus généralement des tiers ; mais dans tous ces cas de figure les éléments essentiels de la fictivité doivent être établis<sup>2372</sup>. Il est à noter que dans la plupart des cas de sociétés fictives dissimulant frauduleusement un autre rapport juridique leur nullité n'ouvre pas voie à une liquidation, car ces sociétés sont de pures façades et n'ont développé aucune activité. La fictivité de la société, en concurrence avec la notion de la confusion de patrimoines, peut aussi être un moyen d'extension de la procédure collective, permettant ainsi de déjouer des efforts de fraude aux droits des créanciers sociaux. (v. supra)<sup>2373</sup>. Dans d'autres cas de sociétés frauduleuses, la jurisprudence française invoque directement la théorie de la fraude, sans recours à la fictivité de la société : il s'agit de cas de figure dans lesquels les sociétés en cause sont réputés réelles, non fictives, la fictivité ne pouvant être établie pour l'une ou l'autre raison, la société ayant toutefois comme but unique la réalisation d'une fraude à la loi ou aux droits des tiers (v. supra Partie I sur la théorie française de la fraude et sa relation avec celle de la simulation). Il est évident que l'établissement de cette exclusivité de but frauduleux n'est pas facile pour celui qui invoque la fraude, car la fraude ne se présume pas, de sorte que l'application de la théorie de la fraude semble être plutôt l'exception par rapport à la fictivité pour ce qui concerne la

---

commerciale « intégrée », car ces efforts visent souvent à combiner un contrôle complet sur l'activité de l'ex-salarié avec l'éviction des règles du droit du travail et du droit social protectrices pour le salarié mais gênantes pour l'employeur, tout en conférant au salarié une partie du risque de l'employeur.

<sup>2371</sup> V. p. ex. Ch. Com. C.cass. 12 déc.1978, Bull. Civ. IV, no 306 (société simulée couvrant un contrat de prêt dans le but d'échapper à la législation prohibant l'usure), CA Rouen, 6 juin 1973, Rev. Soc. 1974, 740, note J-P Sortais (société simulée couvrant une vente pour bénéficier d'une fiscalité moins lourde), CA Aix, 7 avr. 1971, Rev. Soc. 1971, 576, note D. Schmidt (société simulée couvrant une donation dans le but de la fraude aux droits des héritiers réservataires). V. aussi plus généralement sur les sociétés simulées couvrant une autre relation juridique dans un but frauduleux Ph. Merle, no 46.

<sup>2372</sup> V. p. ex. Ch. Com. 2 juin 1987, Rev. soc..1987, 629, obs. Y. G., 1<sup>ère</sup> Ch. Civ. C. cass , 20 mars 1989, Bull. Joly 1989, p. 423, CA Paris , 11 juillet 1990., D. 1991, 33, note Ch. Larroumet.

<sup>2373</sup> Sur la distinction entre la notion de fictivité et celle de confusion de patrimoines, v. supra, Partie I, nos Ch. Cutajar, thèse précitée, nos 323 suiv.

destruction des sociétés ayant un but frauduleux ; mais d'autre part ce qui est souvent important pour les intéressés est plutôt à établir non pas le caractère frauduleux de la société elle-même mais celui d'une opération particulière impliquant la société (notamment apport à cette société ou vente) et constituant une fraude à leurs droits et la neutralisation à leur profit de cette opération seulement ; tel est normalement le cas s'il y a fraude paulienne ou fraude à une obligation contractuelle. Le juge français qualifie d'ailleurs souvent une société que le demandeur dénonce comme servant une fraude à ses droits cumulativement comme fictive et frauduleuse, en relevant l'absence d'affectio societatis ou l'absence d'apport d'un associé, chose qui techniquement est un fondement de fictivité et non de fraude, la fraude supposant un acte réel<sup>2374</sup>. En tout cas, le droit français reconnaît l'action en déclaration de fraude visant à neutraliser cette dernière (v. supra Partie I sur les conditions et les effets de cette action, ces conditions et effets variant selon les cas de fraude). La société impliquée elle-même est déclarée nulle selon le droit commun pour cause illicite si la fraude aux droits des créanciers ou à une disposition de droit impérative est sa cause, autrement dit le but unique des associés, chose qui est établie plus facilement s'il s'agit d'une fraude à l'ordre public que d'une fraude paulienne ou à un droit contractuel, ou si l'apport nul comme frauduleux est essentiel pour la constitution de la société<sup>2375</sup>. La jurisprudence française a utilisé d'ailleurs la notion de fraude pour annuler des cessions d'actions effectuées indirectement par certains actionnaires par le biais de la cession du contrôle de sociétés holdings auxquelles les actions étaient apportées, les holdings –au début des actionnaires ultra-minoritaires - étant interposées dans le but de contournement des clauses statutaires d'agrément de la société à laquelle elles participaient, comme à l'époque le droit français ne permettait que les clauses d'agrément pour la cession d'actions à des tiers (c'est le cas de la fameuse à son époque affaire Lustucru) ; mais n'est pas constitutive de fraude à une clause d'agrément toute acquisition du contrôle d'une société indirectement, par le biais de la prise du contrôle de plusieurs sociétés actionnaires de cette première société<sup>2376</sup>. Le droit fiscal français apporte bien sûr lui aussi sa contribution dans la

---

<sup>2374</sup> V. sur ce cumul fait par le juge français A. Martin-Serf, no 149.

<sup>2375</sup> A. Martin-Serf, op. cit., no 149. V. p. ex. 3e Ch. civ. C. cass. 20 décembre 2000 ; Ch. Com. C. cass. 28 janvier Bull. Joly 1992, note P. Le Cannu, Bull. Joly sociétés 2001, p. 305, note H. Le Nabasque, 12 octobre 2005, BRDA 1/2006 n° 2, 9 février 2010, Dr. Sociétés 2010, n° 68, obs. H. Hovasse. Sur la nullité de la société sur le fondement de la fraude, v. supra Partie I, M. Cozian- A. Viandier- Fl. Deboissy no 1191, Ph. Merle no 55, Ch. Cutajar, thèse précitée, n° 395 suiv.

<sup>2376</sup> V. A. Martin-Serf, op. cit., no 69, M. Cozian-A. Viandier-Fl. Deboissy no, et dans la jurisprudence Ch. com. C. cass. 27 juin 1989, RD bancaire et bourse 1989, p. 176, obs. M. Jeantin, A. Viandier (sur la fameuse affaire Lustucru c/Rivoire et Carret - v. M. Cozian, A. Viandier, Fl. Deboissy, n° 734), CA Paris 6 novembre 2008, RJDA 2/2009, n° 109. Pour la seconde catégorie, dans laquelle il n'y a pas violation d'une clause d'agrément, v. C. cass. Ch. Com. 13 déc. 1994, JCP E 1995 II, note Y. Paclot, RTD civ, 1995, p. 356, obs. J. Mestre, sur l'affaire Le Midi Libre.

répression des montages sociétaires instrumentalisant artificiellement les sociétés dans le but de fraude fiscale, notamment avec la notion d'abus de droit fiscal, qui peut faire face aussi bien à des montages utilisant des sociétés fictives (abus de droit- simulation) que des montages utilisant des sociétés frauduleuses au sens strict (abus de droit –fraude à la loi) ; mais l'abus de droit- fraude à la loi est retenue exceptionnellement et à titre subsidiaire par rapport à l'abus de droit- simulation pour écarter les effets fiscaux de l'interposition de la société constituant l'abus (art. 64 LPF –v. supra Partie I sur la notion d'abus de droit fiscal et ci-dessus dans le chapitre précédent pour l'utilisation de cette théorie dans certains cas de montages sociétaires dépassant les limites de l' « optimisation »). Il est aussi à noter que le législateur fiscal français a introduit plusieurs dispositions spéciales visant à la répression des transactions artificielles avec des sociétés off-shore effectuées dans le but de l'évasion fiscale (v. supra dans le chapitre sur les groupes de sociétés)<sup>2377</sup>. Le droit pénal joue bien sûr souvent lui aussi en France son rôle dans la répression de la fraude effectuée par le biais de montages sociétaires, notamment celle fiscale, en atteignant le maître de l'affaire instrumentalisant la société dans le but de soustraction frauduleuse à l'établissement ou au paiement des impôts (1741 CGI -v. infra dans d'autres cas de combinaison des sociétés frauduleuses au sens large du terme –instrumentalisées dans l'intention de nuire à autrui-

---

<sup>2377</sup> V. art. L238 A al. 2 CGI (définition des pays à fiscalité privilégiée), 238-0 A CGI (introduit en 2009, définissant des États et territoires non coopératifs quant à la transparence et l'échange d'informations en matière fiscale- v. M. Cozian « Précis... », n°869 sur les États et territoires non coopératifs et 870 sur le régime applicable par la législation française aux transactions avec eux, avec introduction de présomptions dans la plupart des cas irréfragables des transactions avec ces pays), 57 CGI (sur la répression du transfert indirect de bénéfices dans les échanges intragroupes, avec intégration au résultat des entreprises françaises des bénéfices artificiellement transférés à des entreprises situées hors de France si un lien de dépendance ou de contrôle existe entre les deux entreprises impliquées, avec introduction de mesures procédurales accessoires destinées à faciliter l'oeuvre de l'administration et à sécuriser l'établissement du prix du transfert), 238 A al. 1 CGI (présomption simple de fictivité des rémunérations à titre de créances, de droits de propriété intellectuelle ou de prestations de services versées par des personnes physiques ou morales domiciliées ou établies en France à des personnes physiques ou morales domiciliées ou établies à des pays à une fiscalité privilégiée), 155A CGI (imposition au nom des personnes domiciliées ou établies en France des rémunérations versées au titre de la prestation de services à des personnes étrangères, si ces dernières personnes sont contrôlées par les premières ou elles n'exercent aucune activité industrielle ou commerciale en dehors de la prestation de services ou si elles sont établies à des paradis fiscaux, disposition utile pour la répression de la fraude fiscale par le moyen de «sociétés d'artistes»), 209 B CGI (intégration fiscale au résultat de la société mère française du résultat de ses filiales et établissements implantés dans des paradis fiscaux- sorte d'intégration fiscale- punition- il s'agit pourtant d'un dispositif de principe dont l'application est exclue si la société impliquée peut prouver qu'il ne s'agit pas d'un montage artificiel d'évasion fiscale). V. M. Cozian, « Précis », n° 868 suiv. sur la lutte contre l'évasion fiscale internationale et spécialement n° 897 suiv. sur le régime complexe de l'intégration du résultat de l'art. 209 B CGI et no 907 sur la lutte contre les paradis fiscaux. Selon cet auteur, le sens de la législation française est dans les dernières années vers le durcissement ; il se demande toutefois sur le caractère sérieux ou médiatique de ce durcissement. V. aussi op.cit. n° 909 pour un cas d'application de l'abus de droit fiscal de l'art. 64 LPF contre des efforts d'évasion fiscale internationale et n° 910 sur la question de la compatibilité de ce dispositif avec le droit communautaire.

avec d'autres infractions ainsi que sur la sanction pénale des sociétés impliquées à des activités criminelles elles-mêmes)<sup>2378</sup>.

## **B/ La réaction du droit grec**

Comme nous avons vu dans la Partie I, le droit grec, à la différence du droit français, est caractérisé par un dualisme accentué entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux (v. supra), un dualisme qui a des conséquences en matière de sociétés à but frauduleux. On a rencontré ainsi dans la jurisprudence des cas dans lesquels les tribunaux grecs, à l'instar de ceux français, ont relevé que des sociétés de personnes étaient des outils de simulation frauduleuse, s'agissant de sociétés qui n'avaient pas été constituées dans l'esprit des parties sérieusement, mais seulement en apparence, dans le but de couvrir un autre rapport juridique et d'exclure l'application de l'impératif le régissant. La conséquence en est l'application du droit commun pour le contrat simulé, qui est en droit grec nul, les sociétés en cause étant ainsi nulles, en principe avec rétroactivité, comme dans le cas de l'inexistence des sociétés proposée jadis en France pour la sanction des sociétés fictives ; il y a toutefois toujours protection du cocontractant éventuel de bonne foi de la société simulée sur le fondement de droit commun de l'art. 139 AK, selon lequel la simulation ne nuit pas à celui qui a contracté en l'ignorant. Il n'y aura pas d'ailleurs souvent marge pour l'application de la théorie des sociétés de fait, car le plus souvent les sociétés frauduleusement simulées ne développent pas une activité publique à leur nom, en existant seulement pour dissimuler une relation différente entre les parties (c'est notamment le cas pour les sociétés masquant des contrats de travail, dans lesquelles l'entrepreneur continue le plus souvent à contracter à son nom- v. supra Partie I sur la théorie de la simulation et les sociétés de fait en droit grec)<sup>2379</sup>. Dans ces cas de figure de simulation frauduleuse, les

---

<sup>2378</sup> Cet article menace –indépendamment des sanctions fiscales- d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 37.500 euros les personnes se soustrayant frauduleusement ou tentant de se soustraire frauduleusement de l'établissement ou du paiement des impôts. V. A. Martin-Serf op.cit. no 169, soulignant que cette disposition peut être utilisée contre les personnes qui utilisent des sociétés fictives « taxis » ou comme relais dans l'évasion de capitaux. suiv. V. aussi L565-15 II C. mon. fin. sur l'obligation de déclaration des professionnels en cas de soupçon de fraude fiscale et l'art. D 561-32 II C. mon. fin. sur les critères pour l'établissement de ce soupçon impliquant l'utilisation de sociétés.

<sup>2379</sup> V. pourtant pour une proposition d'application de la construction de la société anormale de fait dans le cadre d'une société commandite couvrant une cession d'autorisation d'entreprise constitutive de fraude à la loi K. Pamboukis « Participation simulée... », consultation précitée. En réalité la simulation concernait les participations comme commanditaires des cédants de l'autorisation administrative nécessaire pour l'exploitation qui se présentaient comme apporteurs de cette dernière et la société pourrait survivre comme société en nom entre cessionnaires. L'invocation du défaut des participations des commanditaires par tout associé agirait comme résiliation, seulement

tribunaux ont aussi appliqué le droit impératif applicable aux rapports ou situations juridiques qui étaient dissimulées sous la société simulée nulle (contrat de travail, bail commercial), en déjouant de la sorte la fraude que les parties (le plus souvent sous la pression de la partie la plus puissante –employeur, bailleur) ont tenté de réaliser. Il s'agit d'une solution efficace, qui pourtant ne laisse pas satisfaite une partie de la doctrine grecque d'un point de vue théorique, car selon elle il s'agit dans la plupart de cas des sociétés de personnes qualifiées par la jurisprudence comme simulées de sociétés frauduleuses, autrement dit de sociétés réelles, cette réalité excluant la simulation, mais constituées dans un but de fraude ; la qualification de simulées de ces sociétés constituerait selon cette partie de la doctrine une intervention excessive dans l'autonomie privée. Il nous semble toutefois que dans la plupart des cas qu'on peut rencontrer dans la jurisprudence comme cas de simulation frauduleuse de sociétés de personnes faisait défaut une volonté réelle des « associés » de poursuivre par le biais d'apports communs un but commun, comme le veut la définition du contrat de société dans l'art. 741 AK (v. supra Partie I sur l'importance de cette définition pour les sociétés de personnes grecques et son analogie avec l'affectio societatis du droit français) ou une volonté de constituer une entité distincte des personnes des « associés », avec fonctionnement organisationnel propre et autonomie patrimoniale, et de la sorte faisait défaut la volonté de constitution réelle d'une société ; il s'agissait par conséquent de cas de simulation. En tout cas, l'application de la théorie de la simulation dans les sociétés de personnes en cause était suffisante pour sanctionner les montages frauduleux y impliqués, le recours à la simulation excluant en plus la théorie de la fraude (comme en droit français, en droit grec la théorie de la fraude nécessite pour son application comme cause autonome de nullité des actes juridiques frauduleux réels, non simulés –v. supra Partie I)<sup>2380</sup>. Par contre, et à la différence de la jurisprudence française, il

---

pour l'avenir, comme dissolution partielle de la société, devant être publiée pour produire ses effets. Une telle construction ne fait pas face pourtant à la question de la fraude à la loi réalisée par le montage en cause avec l'« apport » à la société de l'autorisation pour l'exercice de l'activité, en ne s'occupant pas de sa neutralisation.

<sup>2380</sup> Pour des cas dans lesquels la jurisprudence grecque a relevé la simulation frauduleuse de sociétés de personnes pour établir la réalité juridique derrière elles v. Areios Pagos 977/1992, EEN 1993, 682 (société en nom simulée entre l'exploitant d'une entreprise individuelle et ses salariés dans le but de fraude aux obligations de l'employeur concernant les cotisations sociales et le salaire minimum), 335/1997 (société en nom simulée constituée entre employeur et salarié dans le but de fraude aux droits du salarié- la Cour a rejeté l'argument d'un tiers cocontractant de la société que la prise en compte de la simulation de cette dernière à son égard nécessiterait la rédaction d'une contre-lettre et sa publication selon les formalités de publicité de la société commerciale), Mon. Prot (TGI) Pirée 245/1994, EEmpD 1994, p. 404 (constitution de société commandite simulée destinée à se présenter comme locataire d'un bail commercial, avec les locataires réels comme commandités et avec comme commanditaire le gérant de la société bailleuse, la société ayant une durée de trois ans – autant que le contrat de bail- renouvelable avec le consentement de son commanditaire, dans le but de frauder la réglementation impérative des baux commerciaux protectrice du locataire prévoyant un



ne semble pas pour le moment qu'ait été posé dans la jurisprudence grecque la question de l'instrumentalisation de sociétés de capitaux pour couvrir une autre relation juridique, p.ex. un contrat de travail, et évincer l'application de l'impératif les réglementant ; mais la question a un intérêt théorique et potentiellement pratique et mérite d'être examinée. Il est à ce point à rappeler que selon la doctrine grecque dominante la simulation (elle-même étroitement conçue comme ne comprenant pas la constitution d'une société par un maître de l'affaire et des hommes de paille -v. supra Partie I) n'est pas une cause de nullité de la société elle-même pour les sociétés de capitaux, comme d'ailleurs c'est le cas avec la fraude, car le législateur grec donne une liste exhaustive des causes de nullité des sociétés de capitaux dans un souci de sécurité des transactions en en excluant largement les causes de nullité de provenance du droit commun des actes juridiques, à la différence du droit français (v. supra, Partie I, sur les causes de nullité des sociétés en droit grec et la suppression pour les sociétés de capitaux des causes de nullité de provenance du droit commun des actes juridiques). Le résultat –assez discutable quant à son bien fondé de lege ferenda- en est que dans ces formes sociales les tribunaux ne peuvent pas prononcer la nullité des sociétés utilisées à des buts frauduleux soit sur le fondement de la simulation soit sur celui de la fraude, la doctrine s'alignant à la jurisprudence de la CJCE considérant que seul l'objet illicite statuaire constitue une cause de nullité des sociétés de capitaux. Il s'agit d'une différence importante avec le droit français pour ce qui concerne la répression des montages instrumentalisant les sociétés à but frauduleux. Pourtant, si la prononciation de la

---

minimum de durée plus élevé. Le tribunal a retenu la simulation en considérant que les « associés » ne voulaient pas réellement la constitution de société, en relevant du contenu du contrat de société et du contrat de bail que la seule raison d'être de cette dernière étant la fraude à la loi sur les baux commerciaux. Il en tire la conclusion que la société commandite elle-même et le contrat de bail conclue par elle étaient nuls, le contrat de bail nul couvrant toutefois un contrat de bail valable entre la bailleuse et les personnes se présentant comme commandités), Mon. Prot. Pirée 390/1995, El. Dik. 1995, p. 902 (société de personnes simulée constituée entre pharmaciens dans le but de contourner la prohibition de cession du bail commercial sans le consentement du bailleur, en profitant de la prévision légale que l'apport du bail par un locataire pharmacien à une société entre pharmaciens n'entre pas dans le champ de cette prohibition). V. aussi Areios Pagos 334/1999, Banque de données Isokratis du Barreau d'Athènes (est cassé l'arrêt des juges du fond qui avait rejeté la simulation d'une société commandite dénoncée comme couvrant des contrats de travail des commanditaires avec l'entrepreneur- commandité sans expliquer pourquoi il n'y avait ni rédaction de comptes sociaux ni distribution de bénéfices ni pourquoi la simulation frauduleuse a été exclue étant donné la participation très inégale dans le capital social, le paiement aux commanditaires de rémunérations mensuelles supérieures à celles prévues dans les statuts –v. Partie I sur la possibilité de telles clauses dans les sociétés de personnes grecques-, l'exécution des apports en industrie des commanditaires dans le cadre de l'entreprise exploitée par le commandité, sans rechercher en plus si les commanditaires agissaient en fait sous la direction et les directives du commandité). Sur la critique de l'application jugée excessive de la théorie de la simulation au lieu de celle de la fraude dans la jurisprudence grecque sur les sociétés de personnes v. N. Rokas, manuel, p.53, obs. sous Eph. (CA) Athènes 3256/1995, EEmp.D. 1995, p.610 et dans le même sens K. Karayannis, thèse précitée, p. 216, avec mention critique à l'arrêt précité 245/1994 Mon. Prot. Pirée, en considérant qu'il en résulte que les associés voulaient la constitution d'une société n'allant pas fonctionner dans un but de fraude à la loi.'

nullité de la société de capitaux frauduleuse sur le fondement soit de la théorie de la simulation- fictivité soit sur celui de la théorie de la fraude semble ainsi exclue, on ne devrait pas en conclure que le législateur grec a voulu couvrir la fraude réalisée par la dissimulation de rapports juridiques réelles sous la forme de sociétés de capitaux de façade. Il nous semble ainsi évident que les tribunaux grecs, comme ceux français, peuvent relever le rapport juridique dissimulé réel se couvrant sous le rapport juridique simulé d'actionnaire ou associé d'une société de capitaux, réputer ce rapport juridique simulé nul dans les relations entre les parties et appliquer sur le rapport juridique réel entre les « actionnaires » ou « associés » l'impératif le régissant, en déjouant ainsi la fraude. Il est vrai que l'opinion dominante dans la doctrine grecque distingue entre société simulée et société constituée par des hommes de paille, la souscription de ces dernières étant réputée sérieuse, et exclue même la nullité de la souscription de l'actionnaire pour vice de consentement ou simulation, dans un souci de protection du capital social annoncé. Nous croyons qu'on devrait distinguer entre participation dans une société de capitaux pour le compte d'un autre (homme de paille) et participation effectuée dans le but de dissimuler frauduleusement un autre rapport juridique entre le participant et le maître de l'affaire, le second cas de figure étant un cas de simulation frauduleuse. Nous croyons aussi que la protection du capital social et des créanciers sociaux devrait dans ce cas être hiérarchisée derrière la répression de la fraude et la protection de ses victimes<sup>2381</sup>. En plus, dans le cas des sociétés de capitaux dissimulant frauduleusement un autre rapport juridique, notamment un contrat de travail, les apports des actionnaires ou associés autres que le maître de l'affaire seraient normalement symboliques et fictives, effectués par le moyen de ressources du maître de l'affaire, et la question de restitutions à la suite de la prononciation de la nullité de leur souscription pouvant compromettre le capital social ne se poserait pas ; l'essentiel dans de tels cas de figure ne serait pas de restituer à un actionnaire un apport ou le libérer de son obligation d'effectuer l'apport souscrit, mais de mettre en lumière le rapport juridique réel dissimulé derrière le rapport sociétaire simulé et de lui appliquer l'impératif le régissant. On pourrait aussi imaginer des cas de figure de sociétés de capitaux couvrant frauduleusement un contrat de travail sans participation ou avec participation symbolique de l'employeur, le salarié se présentant comme actionnaire/ associé et dirigeant (v. supra pour de tels cas rencontrés dans la jurisprudence française). Dans ces cas de figure, on devrait établir la réalité juridique derrière la société anonyme de façade et lui appliquer la réglementation impérative la régissant, bien que l'annulation de la société ne soit pas possible selon

---

<sup>2381</sup>

V. en ce sens K. Rigas, monographie précitée, p. 164, à l'occasion de la levée à sens inverse de la personnalité morale.

l'opinion dominante ; nous croyons en plus que les créanciers sociaux de cette société de façade pourraient toutefois se tourner contre le maître de l'affaire -employeur en invoquant l'abus de personnalité morale de la société façade, même si la fraude ne visait pas principalement à porter atteinte à leurs droits, mais aux droits du salarié, si les autres conditions de l'abus sont réunies (v. supra, Partie I). Pour les autres cas de fraude par le biais de sociétés de capitaux, la protection de l'ordre juridique est confiée en droit grec surtout à la théorie de l'abus de personnalité morale, ayant comme résultat la levée de cette dernière au profit des créanciers sociaux (v. supra Partie I). Pour ce qui concerne la protection d'intérêts privés, la doctrine majoritaire propose ainsi la possibilité de levée de la personnalité morale d'une société pour abus de personnalité morale au profit des créanciers personnels du maître de l'affaire, si ce dernier utilise la société comme moyen de fraude à leurs droits, la protection des victimes de la fraude étant dans ces cas hiérarchisée au-dessus de la protection du capital social, et cette construction pourrait aussi être appliquée à l'encontre de sociétés de capitaux instrumentalisées dans le but de fraude aux droits des héritiers réservataires ; la levée de la personnalité morale d'une société de capitaux sur le fondement d'instrumentalisation abusive de cette personnalité morale peut aussi être utilisée dans les cas de fraude aux créanciers sociaux par le maître de l'affaire, notamment si les sociétés en cause sont sous-capitalisées ou une confusion de patrimoines existe entre elles et le maître de l'affaire (v. supra, Partie I)<sup>2382</sup>. La levée de la personnalité morale sur le fondement d'abus de cette dernière pour fraude à la loi impérative a été aussi proposée par

---

<sup>2382</sup> K. Rigas, monographie précitée, p. 160 suiv. et dans ce sens Eph. (CA) Pirée 348/2005 No. V. 2006, p. 246 suiv., Mon. Prot. (TI) Rhodes 3017/2005, base de donnée « NOMOS ». Dans ce dernier arrêt le tribunal a accepté la prise de mesures conservatoires sur le navire d'une société à navire unique chypriote à laquelle son actionnaire unique avait logé son yacht personnel pour les dettes personnelles de ce dernier, en relevant d'un faisceau d'indices (domination de la société par cet actionnaire, confusion de patrimoines, déclarations publiques de l'actionnaire) que la société en cause constituait un abus de personnalité morale visant à la fraude aux droits des créanciers personnels de l'actionnaire unique; l'arrêt a utilisé des décisions de tribunaux chypriotes acceptant la responsabilité de la société en cause pour les dettes personnelles de son actionnaire pour écarter l'objection possible que la construction du droit grec de l'abus de personnalité morale ne serait pas applicable à une société de droit étranger. V. pourtant les arrêts précités de Mon. Prot. (TI) Pirée 543/1998, 4208/1999, concernant des sociétés off-shore avec leur siège réel en Grèce, et refusant d'admettre la levée de leur personnalité morale au profit des créanciers personnels de leurs actionnaires uniques, en retenant comme fait excluant la fraude que les sociétés off-shore ainsi que les actes entre celles-ci et leurs actionnaires dénoncés par les demandeurs comme simulés et frauduleux (vente d'immeubles des actionnaires aux sociétés) étaient effectués avant la naissance des créances des demandeurs et à un moment auquel les actionnaires n'avaient pas d'autres dettes à l'égard de tiers et en considérant qu'il s'agissait de technique licite de segmentation des risques (v. supra sur la critique de ces arrêts). L'application du droit commun de la répression de la fraude paulienne en matière de sociétés n'est pas par contre fréquente dans la jurisprudence grecque. V. en plus supra pour des cas de levée de la personnalité morale de filiales utilisées pour frauder les droits des personnes ayant conclu des conventions essentiellement avec les sociétés mères ou des sociétés essentiellement individuelles instrumentalisées dans le but de fraude aux droits des cocontractants par le maître de l'affaire.

la doctrine grecque comme moyen pour déjouer le montage de constitution d'une EPE (SARL grecque) dans le but de contourner la prohibition d'acquisition d'immeubles à certaines régions frontalières du pays par des citoyens étrangers ; pourtant, quand l'affaire est arrivée devant Areios Pagos, la Haute juridiction a préféré de recourir pour déjouer le montage en cause à la théorie du contrôle comme critère de la nationalité des sociétés<sup>2383</sup>. L'abus de personnalité morale peut ainsi plus généralement être utilisée pour sanctionner avec la levée de la personnalité morale de sociétés de capitaux des cas de fraude à la loi dans lesquels il n'y a pas d'implication d'intérêts privés protégés par la règle impérative fraudée ; le recours à la simulation frauduleuse pour censurer de telles tentatives de fraude ne pourrait pas toutefois être exclu, même si la simulation de la société n'est prise en compte qu'indirectement, pour censurer les actes juridiques conclus par la société anormale dans un but de fraude à une loi d'ordre public. Ainsi, selon un avis du Conseil juridique de l'Etat grec (à ne pas confondre avec le Symvoulío Epikrateias, le CE grec) le caractère simulé d'une société maritime grecque –naftikí etairía, forme spéciale de société anonyme (v. supra)- n'est pas une cause de nullité de la société et ne pouvait pas être relevée par l'administration pour dissoudre la société ; mais l'administration a le pouvoir de relever le caractère simulé de la transmission à cette société de la propriété d'un navire de pavillon étranger dans un but de fraude aux conditions du droit grec pour l'acquisition du pavillon

---

<sup>2383</sup> V. Areios Pagos, Ass. Pl. 425/1983, No. V. 1983, p. 1595 suiv., obs. I. Spyridakis, retenant le critère du contrôle pour déterminer la nationalité de la société impliquée dans une affaire concernant la prohibition en cause ; l'arrêt a ainsi réputé que la disposition prohibant de telles acquisitions par des personnes physiques ou morales étrangères adoptait telle qu'interprétée selon sa finalité (la protection de l'intérêt national) alternativement soit le critère de la provenance des capitaux soit celui de la nationalité des dirigeants soit celui de la nationalité des personnes contrôlant la société le critère du contrôle sur la société pour départager les sociétés grecques et celles étrangères, indépendamment de la question du siège social (bien que le droit international privé grec adopte le critère du siège réel de la société pour déterminer sa nationalité –v. art. 10 AK et supra). Comme les associés de l'EPE en cause étaient tous des étrangers, la grande majorité des parts sociales étant possédée par une société du Lichtenstein, la Cour a considéré que cette société utilisée pour l'acquisition d'immeubles à une zone frontalière n'était pas grecque car contrôlée par une entité étrangère et la prohibition légale lui était applicable. La doctrine grecque a été critiquée à l'égard de cet arrêt, en réputant la théorie du contrôle comme rétrograde et dangereuse pour la sécurité des transactions – v. ainsi I. Spyridakis, obs. précitées, K. Rigas, ibid. Selon le Pr. Spyridakis, l'extension de la prohibition légale concernant les étrangers à une société de nationalité grecque serait mieux fondée à l'abus d'institution commis par le biais de cette dernière, abus caractérisée par l'intention des associés de frauder la prohibition légale par le biais de cette société, qui serait le propriétaire apparent des immeubles acquis, tandis que la propriété réelle appartiendrait à ses associés étrangers (on devrait en plus en conclure de cette ligne de pensée qu'il s'agissait plutôt d'une société simulée que d'une société frauduleuse stricto sensu) ; la société elle-même ne serait pas selon ce même auteur nulle, mais il le serait comme prohibé par la loi le contrat de vente de l'immeuble à la société, car ce contrat devrait être réputé comme conclu non pas avec la société, dont l'interposition était constitutive d'abus de personnalité morale, mais avec les associés –personnes étrangères eux-mêmes. V. aussi ainsi K. Rigas, op. cit., p. 154 suiv., proposant comme sanction pour de tels montages la levée de la personnalité morale de la société sur le fondement de l'abus de la personnalité morale à cause de l'utilisation frauduleuse de cette dernière.

grec et radier par conséquent ce navire du livre public des navires grec ; ce qui est ici important pour la compréhension du montage en cause est que le droit maritime grec exige comme condition de l'acquisition par un navire de la nationalité grecque –achevée avec son inscription au livre public grec de navires- la nationalité grecque de ses propriétaires personnes physiques ou morales à un pourcentage supérieur à cinquante pour cent (art. 5 KDND- Code de droit maritime public grec- avant sa réforme en 2000 cet article exigeait pour accepter la nationalité grecque des personnes morales en cause une possession par des ressortissants grecs de ce même pourcentage de leur capital social, mais aujourd'hui le Code semble s'aligner au critère général du siège réel en Grèce pour la qualification d'une personne morale comme grecque, et en plus peuvent être inscrits comme grecs les navires appartenant pour le même pourcentage à des sociétés « communautaires » au sens de l'art. 48 du Traité CE, bien que dans ce dernier cas les sociétés en cause doivent être établies en Grèce et la gestion du navire doive selon la loi être impérativement exercée de la Grèce) ; d'où le montage possible de la constitution simulée d'une société grecque suivie de la cession simulée du navire par son propriétaire étranger à cette société grecque simulée, dans le seul but d'acquérir pour le navire la nationalité grecque, avec maintien de sa propriété réelle par le ressortissant étranger. Il est évident que pour déjouer la fraude à la loi grecque en établissant la simulation de la cession du navire étranger à une entité grecque, l'établissement du caractère fictif- simulé- de la société grecque portée comme acquéreuse peut être crucial<sup>2384</sup>. Il est à rappeler que dans tous ces cas d'abus de personnalité morale fondé sur la fraude il s'agit de la fraude conçue subjectivement, comme utilisation des sociétés avec intention frauduleuse, bien que la fraude en droit privé grecque soit conçue objectivement, à la différence de la conception française, comme tout procédé aboutissant à des effets contraires à la finalité d'une règle de droit impérative sans entrer en conflit avec la lettre de cette dernière<sup>2385</sup>. Il faut toutefois rappeler aussi que selon l'opinion dominante grecque la levée de la personnalité morale des sociétés de capitaux pour abus de personnalité morale est ad hoc, n'aboutissant pas à la nullité des sociétés impliquées, même si la fraude a été la cause de la société, à la différence de la conception française ; il en résulte que les sociétés de capitaux frauduleuses peuvent survivre à la levée de leur personnalité morale une fois la fraude déjouée, situation qui ne semble pas satisfaisante

---

<sup>2384</sup> V. ainsi l'affaire dans laquelle a été donnée l'avis 57/1991 du Conseil juridique de l'Etat, base de données informatique de ce dernier.

<sup>2385</sup> Sur la question des éléments subjectifs dans le cadre de l'abus de personnalité morale v. K. Karayannis, *ibid.*

comme sanction, du moins si la fraude a été le motif déterminant de leur constitution<sup>2386</sup>. Pour ce qui concerne la fraude aux droits des minoritaires d'une société par le biais de l'intervention d'une autre société contrôlée totalement par les majoritaires, outre l'application des dispositions spéciales du droit de sociétés sur les conventions entre les AE et des sociétés totalement contrôlées par les actionnaires de contrôle (v. supra), la jurisprudence grecque a accepté le recours des minoritaires au droit commun de la responsabilité civile (délictuelle) des majoritaires, bien que non sur le fondement de la fraude, comme ce serait le cas en droit français, mais sur celui du comportement contraire aux bonnes mœurs ; ainsi, dans le cas du montage présenté ci-dessus de vente d'un bloc des actions détenues par une AE à une société luxembourgeoise totalement contrôlée par les majoritaires et dirigeants de l'AE, dans le but d'exclure le minoritaire de toute participation indirecte à l'augmentation escomptée de la valeur de l'actif de l'AE (un bloc d'actions d'une autre société allant être admise à la Bourse), Areios Pagos a estimé qu'un tel comportement engageait la responsabilité délictuelle des majoritaires et dirigeants pour provocation avec intention et de manière contraire aux bonnes mœurs d'un dommage à autrui (le minoritaire-art. 919 AK), l'opposition aux bonnes mœurs de leur comportement à l'égard du minoritaire fondant le caractère direct du dommage de ce dernier en ayant résulté et son droit d'agir contre eux<sup>2387</sup>. En matière de droit fiscal, comme nous avons vu dans la Partie I, la jurisprudence grecque admet le pouvoir de l'administration fiscale d'établir la situation réelle et d'en tirer les conclusions fiscales appropriées dans le cas de sociétés simulées ayant comme but la fraude fiscale, en écartant la personnalité morale de ces dernières et en appréhendant la personne physique derrière elle. Pourtant, selon la doctrine l'utilisation de la notion de simulation par la jurisprudence couvre dans ces cas de figure surtout de situations non pas de simulation au sens du droit privé mais des cas de fraude à la loi fiscale, bien que les auteurs reconnaissent que l'invocation de la simulation par la jurisprudence aboutit aux mêmes effets pratiques et détruit les montages sociétaires

---

<sup>2386</sup> V. p. ex. K. Pamboukis (en grec) « L'unité économique du groupe de sociétés et ses conséquences juridiques », Episk.E.D. 1999, p. 903 suiv. et la jurisprudence précitée, dans la quelle il n'y a pas de prononciation de nullité de société pour abus de personnalité morale. Contre cette opinion dominante et pour la prononciation de la nullité des sociétés de capitaux si elles constituent abus de personnalité morale, sur le fondement de l'illicéité du but de ces sociétés K. Rigas, monographie précitée, p. 93.

<sup>2387</sup> V. l'arrêt précité 1298/2006 d'Areios Pagos. Dans cette affaire, le minoritaire invoquait qu'à la suite des agissements des majoritaires il a été obligé de vendre son paquet d'actions à un tiers à un prix bien inférieur à la valeur réelle que les actions en cause auraient si le montage des majoritaires n'avait pas eu lieu, et par conséquent il a agi contre eux en dommages-intérêts pour la différence. Areios Pagos a cassé l'arrêt de la Cour d'appel (Epheteio) qui avait rejeté l'action en cause sur le fondement de la considération qu'il s'agissait d'un dommage indirect ne donnant pas au minoritaire un droit d'agir.

frauduleux en matière fiscale (il est vrai que le droit fiscal grec ne dispose pas d'une théorie de simulation et de fraude bien distinctes, comme c'est le cas avec la théorie de l'abus de droit fiscal du droit français, d'où des incertitudes en la matière). Il semble en plus que les cas de cette levée de la personnalité morale de sociétés pour des raisons fiscales concernaient exclusivement des sociétés de personnes ou des EPE, l'administration fiscale grecque ayant une attitude plutôt respectueuse à l'égard des sociétés anonymes, en hésitant à les considérer comme fictives et couvrant une fraude fiscale<sup>2388</sup>. A sens inverse, l'art. 28 par. 4 du Code d'imposition du revenu de 1994 (abrogée pour l'avenir avec l'introduction du nouveau Code en 2013) prévoyait que les contre-lettres prouvant le caractère simulé des sociétés de personnes, EPE ou IKE ou de clauses de leurs statuts ne sont pas opposables à l'administration fiscale, dans le but de prendre dans leur propre piège les participants à la simulation frauduleuse ; une partie de la doctrine grecque était pourtant critique à l'égard de cette disposition, pour ce qui concerne sa relation avec la théorie du droit privé grec de la simulation mais aussi pour ce qui concerne son bien fondé du point de vue de politique législative. Il est d'ailleurs sûr que la disposition en cause avait des effets seulement pour le droit fiscal et ne consolidait pas du point de vue du droit privé les sociétés de personnes simulées en cause (pour les EPE il y a d'ailleurs selon la doctrine dominante exclusion de la nullité pour simulation –v. supra)<sup>2389</sup>. Comme le droit français, le

---

<sup>2388</sup> V. p. ex. sur l'établissement du caractère simulé des sociétés de personnes par l'administration fiscale Symvoulio Epikrateias (Conseil d'Etat grec) 2438/1976, DFN 1977, p.1145, 1782/1977, DFN 1978, p. 458 et pour un cas de figure concernant la participation dans une EPE 1001/1991, Dik.D. 1992, p. 425- (transformation d'une société en nom en EPE -SARL grecque-, avec participation simulée de petite valeur de deux nouveaux associés, auxquels était pourtant attribuée une participation disproportionnée aux bénéficiaires, dans le but de dissimuler l'étendue réelle de la participation aux bénéficiaires de l'associé principal). Sur la position de la doctrine en la matière v. les monographies précitées sur la levée de la personnalité morale de Th. Liakopoulos, p. 89-90, K. Rigas, p. 134-135. V. pourtant K. Karayannis, thèse précitée, p. 84, considérant que dans les cas de figure dans lesquelles la jurisprudence fiscale a retenu la simulation de sociétés il y a aussi de véritables cas de simulation au sens du droit civil.

<sup>2389</sup> V. K. Karayannis, thèse précitée sur la simulation, p. 84, 254 suiv. Selon M. Karayannis, la disposition en cause fait partie d'un ensemble de dispositions spéciales, notamment de droit fiscal, visant à réprimer la fraude et dérogeant à la conception de l'AK sur la simulation, étant inspirées du droit français et de la notion française de la simulation, avec des contre-lettres entre les parties anéantissant l'acte simulé. Ces dispositions introduisent essentiellement des peines privées pour dissuader la simulation frauduleuse, car la partie ayant organisé la simulation est piégée dans sa propre construction. Pourtant, les dispositions en cause, fondées sur une conception de la simulation différente de celle grecque, ont engendrés des problèmes d'interprétation, notamment pour ce qui concerne leurs effets de droit privé, la jurisprudence ne donnant pas de solutions cohérentes. Pour ce même auteur, reconnaître des effets de droit privé, de consolidation des actes simulés, à ces dispositions serait encourager des comportements malhonnêtes dans les relations des particuliers, avec encouragement de la dénonciation de la simulation par les personnes qui bénéficient d'un point de vue patrimonial de la validité de l'acte simulé tout en ayant participé à la simulation (associé apparent d'une société, bénéficiant de la valeur patrimoniale de sa participation dans la société, acheteur d'un immeuble à un prix simulé minoré) ; ce serait aussi inefficace du point de vue de la répression de la simulation frauduleuse, les parties prenant soin d'en faire disparaître tout élément de

droit fiscal grec a introduit certaines dispositions particulières visant à réprimer la fraude fiscale réalisée par l'utilisation de transactions avec des sociétés off-shore (v. supra dans le chapitre sur les groupes de sociétés)<sup>2390</sup>. En plus, évolution majeure, le nouveau Code de procédure fiscale de 2013 a introduit une disposition de portée générale contre la fraude fiscale (art. 38 L4174/2013- v. supra, Partie I), une disposition qui bien sûr peut trouver des applications importantes dans le cadre de montages de fraude fiscale utilisant des sociétés, y compris bien sûr pour ce qui concerne l'utilisation frauduleuse de sociétés off-shore. Le droit pénal grec peut jouer d'ailleurs - comme celui français - un rôle important dans la répression de la fraude fiscale effectuée par l'utilisation de montages sociétaires (v. art. 17-21 L2523/1997, prévoyant des sanctions pénales pour évasion fiscale, notamment l'art. 21, qui prévoit la responsabilité pénale des dirigeants des sociétés en cas d'évasion fiscale effectuée par eux pour le compte de ces sociétés, mais aussi art. 19 sur la pénalisation de l'émission et acceptation de factures fictives comme moyen d'évasion fiscale, y compris expressément les factures émises par des sociétés fictives).

## **§ 2. L'instrumentalisation des sociétés à des buts criminels**

### **A. Description des montages instrumentalisant les sociétés à des buts criminels**

Il s'agit évidemment de l'aspect le plus obscur de l'«ingénierie juridique», étant toutefois indéniablement et malheureusement vrai que les différentes mafias trouvent assez facilement accès aux connaissances et services juridiques et financiers nécessaires pour mettre en oeuvre les schémas de leurs opérations. Les «sociétés écran» sont dans ce cas de véritables facteurs criminogènes (c'est d'ailleurs aussi déjà largement le cas pour les sociétés utilisées dans le cadre de la fraude fiscale- v. supra)<sup>2391</sup>. L'un des volets des montages sociétaires servant des buts criminels concerne bien sûr les opérations de

---

preuve (op. cit., p. 258-259). Pourtant, il semble sûr que la disposition de l'art. 28 par. 4 excluant la prise en compte des contre-lettres prouvant le caractère simulé des sociétés de personnes, EPE ou IKE ou de clauses de leurs statuts ne porte que sur les relations avec l'administration fiscale et n'a pas d'effets de droit privé, la consolidation de telles sociétés simulées sur le fondement de cette disposition étant exclue (op. cit., p. 84, avec des renvois à la jurisprudence grecque -les EPE et IKE sont toutefois de sociétés de capitaux et la prononciation de leur nullité sur le fondement de la simulation est exclue selon l'opinion dominante suivant les dispositions spéciales du droit de sociétés).

<sup>2390</sup> V. art. 51A (définition des pays à fiscalité privilégiée et de ceux non coopératifs en matière fiscale), 51B Code de l'imposition du revenu (prohibition de principe de prise en compte comme dépenses déductibles du résultat des paiements effectués par des entreprises établies en Grèce à des entités situées aux pays à fiscalité privilégiée ou non coopératifs en matière fiscale, avec toutefois possibilité de reconnaissance du caractère déductible de ces paiements si l'entreprise prouve leur normalité et leur caractère non frauduleux).

<sup>2391</sup> Ch. Cutajar, thèse précitée, n° 111.



blanchiment de capitaux de provenance criminelle, autrement dit de consolidation des gains provenant de ces activités, l'autre les opérations mettant directement les sociétés au service de l'exécution d'activités criminelles. Il s'agit bien sûr de montages pratiqués dans l'un ou l'autre degré dans les deux pays sous comparaison, la France et la Grèce.

### **Les montages instrumentalisant les sociétés dans le but de blanchir des capitaux de provenance criminelle<sup>2392</sup>**

L'objectif des processus de blanchiment de capitaux est de camoufler l'origine illicite de la provenance de capitaux engendrés dans toute sorte d'activités illicites, mais surtout dans le trafic de la drogue, en leur donnant une apparence de provenance licite ; bien qu'ayant un caractère pouvant paraître comme subsidiaire aux activités criminelles elles-mêmes, ces procédés de blanchiment ont un rôle vraiment crucial pour les mafias et le grand banditisme, en constituant des parties intégrales de leurs circuits d'activités car ils permettent la consolidation et l'expansion de leur pouvoir économique<sup>2393</sup>. Plus particulièrement pour ce qui concerne les sociétés, des sociétés instrumentalisées dans le

---

<sup>2392</sup> Ch. Cutajar, thèse précitée, n° 111 suiv., OCDE « Au-delà des apparences. L'utilisation des entités juridiques à des fins illicites », 2002, E. Vernier, « Techniques de blanchiment et moyens de lutte », Dunod 2008, 2e édition, « Le blanchiment des profits illicites », ouvrage collectif sous la direction de Ch. Cutajar, PU de Strasbourg 2000, C. Foudjem « Blanchiment de capitaux et fraude fiscale », L'Harmattan 2011, préface Chr. Lopez, B. Hossine « Blanchiment de capitaux-Aspects économiques et juridiques », Economica 2014 et en grec P. Douvis, ouvrage précité p. 433 suiv. Le blanchiment est défini par l'art. 324-1 du Code pénal français comme le fait de faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect ainsi que le fait d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit. Le droit grec (art. 2 L3691/2008) définit d'une manière plus analytique le blanchiment comme les actes suivants: a/ la transformation ou transmission d'un patrimoine (au sens du droit grec, d'un ensemble d'actifs –v. supra, Partie I) en connaissance de son provenance d'activités criminelles ou de participation à de telles activités, dans le but de cacher ou de dissimuler sa provenance illicite ou de donner concours à quiconque est impliqué à de telles activités, afin qu'il évite les conséquences légales de ses actes b/ de cacher ou de dissimuler la vérité par n'importe quel moyen ou manière pour ce qui concerne la nature, provenance, disposition, circulation ou usage d'un patrimoine ou le lieu où ce patrimoine a été acquis ou se trouve ou la propriété sur un tel patrimoine ou sur des droits relatifs à celui-ci, en connaissance du fait que ce patrimoine provient d'activités criminelles ou de la participation à de telles activités c/ l'acquisition, possession, gestion ou usage d'un patrimoine, en connaissance au temps de son acquisition ou gestion du fait que ce patrimoine provient d'activités criminelles ou de la participation à de telles activités d/ l'utilisation du secteur financier par le biais du placement à celui-ci ou par le moyen de la circulation par le biais de celui-ci de revenus de provenance d'activités criminelles, dans le but de donner une apparence licite à ces revenus e/ la constitution d'une organisation ou groupe d'au moins deux personnes pour la commission d'un ou plusieurs des actes mentionnés ci-dessus ainsi que la participation à une telle organisation ou groupe. Est aussi réputé blanchiment l'effort de donner une apparence licite aux revenus produits à un autre Etat si les activités dans lesquelles ces revenus ont été produits sont criminelles aussi bien pour la législation grecque que pour celle de l'Etat de provenance.

<sup>2393</sup> V. Ch. Cutajar, n° 111, sur la définition du blanchiment de capitaux donnée par la GAFI (Groupe d'Action Financière) dans son rapport « La lutte contre le blanchiment de capitaux », demandé par les chefs d'Etat lors du sommet de l'Arche, La documentation française, Paris, 1990.

but de blanchiment jouent un rôle vraiment indispensable dans ces processus de blanchiment, en constituant des pièces centrales dans les circuits de transactions plus ou moins artificielles visant à donner à l'argent sale une apparence de licéité<sup>2394</sup>. Des sociétés localisées dans les paradis juridiques et fiscaux ont évidemment une participation particulièrement élevée dans le nombre total de sociétés utilisées dans ce but du blanchiment<sup>2395</sup>. Les procédés de blanchiment peuvent être particulièrement compliqués, une manière pour compliquer les choses et troubler les eaux étant bien sûr l'interposition de sociétés<sup>2396</sup>. Selon une typologie de base établie par la GAFI (Groupe d'Action Financière), on utilise trois mécanismes de base destinés à réaliser le blanchiment, notamment de capitaux de provenance du trafic de stupéfiants, chaque mécanisme correspondant à un type d'instrumentalisation de sociétés. Le blanchiment a ainsi comme première étape l'introduction de l'argent sale au système bancaire du pays de réalisation des gains illicites sans engendrer des soupçons. La seconde étape consiste à troubler davantage les eaux quant à l'origine des fonds par le biais de la multiplication des transactions, en rendant autant que possible difficile le recours comptable vers l'origine des fonds. La troisième et dernière étape est celle de l'«intégration», qui parachève le blanchiment (c'est l'«essorage», selon un auteur français), en permettant de faire réapparaître comme «irréfutablement» licite l'argent sale dans les pays d'origine<sup>2397</sup>. Le rôle des sociétés écrans dans ces circuits de blanchiment est, comme nous avons dit ci-dessus, indispensable : dans la première étape, des sociétés ayant apparemment une activité licite (notamment dans les pays

---

<sup>2394</sup> Ch. Cutajar, n° 113, observant que « sans sociétés écran, les placements financiers des organisations criminelles seraient impossibles ». V. aussi OCDE, « Au-delà des apparences », p. 25, remarquant plus généralement que presque tous les délits économiques impliquent le recours à des personnes morales, notamment de sociétés, ces dernières étant notamment utilisées dans le monde entier pour le blanchiment de capitaux. V. dans le même ouvrage p. 29 suiv. sur l'utilisation concurrente à celle des sociétés de la fiducie (trust). V. toutefois Ch. Cutajar, n° 122, soulignant qu'il faut bien garder à l'esprit que l'utilisation des sociétés écran dans le processus de blanchiment de profits illicites s'inscrit dans un mécanisme plus vaste qui intègre une multitude d'autres procédés.

<sup>2395</sup> V. Ch. Cutajar, op. cit., n° 116 suiv., OCDE « Au-delà des apparences », p. 28-29. Comme raisons attractives sont mentionnées les secrets professionnel et bancaire et les comptes numérotés permettant l'opacité des représentants des organisations criminelles - v. Ch. Cutajar, n° 121, sur l'utilisation de cabinets d'avocats comme administrateurs de ces sociétés dans les paradis fiscaux et n° 122 sur l'utilisation par les organisations criminelles de sociétés off-shore dans le processus du blanchiment, avec recours à toutes les ressources provenant des techniques du commerce extérieur. On ne doit pas par ailleurs oublier que des sociétés de juridictions tout à fait respectables sont souvent utilisées comme moyen de blanchiment - v. ainsi OCDE « Au-delà des apparences », p. 26 suiv. sur l'utilisation des sociétés de capitaux, p. 33 suiv. sur l'utilisation des sociétés de personnes à des fins illicites.

<sup>2396</sup> Pour un exemple imaginaire, v. Ch. Cutajar, n° 114 suiv.

<sup>2397</sup> Ch. Cutajar, n° 124 suiv., E. Vernier, p. 44 suiv., présentant le modèle ternaire classique pré-lavage (placement, immersion), empilement (lavage, transformations), intégration (recyclage, absorption) et p. 53 suiv. sur d'autres modèles (le modèle ternaire « élémentaire-élaboré-sophistiqué » et le modèle de cycle).

importateurs de la drogue) vont justifier l'introduction de l'argent sale dans le système financier. Dans la seconde étape, des cascades de sociétés écrans situées à des paradis juridiques et fiscaux vont multiplier artificiellement les transactions financières notamment aussi par le biais de paradis bancaires dans le but de garantir l'opacité comptable de la provenance des fonds. Essentiel est aussi le rôle des sociétés écrans dans la troisième phase dite de l'intégration, avec utilisation de plusieurs techniques visant à donner une apparence de provenance licite aux fonds à blanchir et à les importer ainsi au pays d'origine (prêt bancaire adossé, fausse spéculation immobilière ou sur l'art, spéculation financière croisée, vente simulée de valeurs mobilières, importation sous-facturée, fausse facture, utilisation du crédit in fine, des bons de capitalisation, du crédit documentaire), toutes des opérations effectuées par le biais de sociétés écrans<sup>2398</sup>. Selon la typologie des sociétés écrans impliquées dans le blanchiment proposée par le Mme Ch. Cutajar, ces dernières peuvent être des «sociétés de façade», des «sociétés fantômes» (de simples noms de sociétés, sans aucun enregistrement), des sociétés dites « de domicile » (qui interviennent pour brouiller les pistes par le biais de transactions plus ou moins fictives, sans avoir aucune autre activité dans leur pays de domiciliation), des sociétés prêtes à l'emploi ou sociétés en rayon (des sociétés constituées massivement en sommeil dans des États-paradis juridiques et prêtes à être utilisées dans le but du blanchiment)<sup>2399</sup>. Il est à noter que les sociétés de façade sont dans le cadre de cette typologie des sociétés exprimant juridiquement des entreprises réelles ; pourtant, leur destination essentielle est dans le processus de blanchiment, à savoir de permettre par le biais du gonflement de leurs bénéfices de donner une apparence de licéité à l'argent sale<sup>2400</sup>. Par contre, les autres types de sociétés écrans utilisées dans les processus de blanchiment sont étrangers à toute notion d'exercice d'une entreprise. On ne doit pas d'ailleurs méconnaître le rôle de sociétés off-shore dans les circuits de blanchiment de l'argent sale de provenance des opérations de corruption, ce rôle ayant été manifesté et parvenu à la connaissance du public à l'occasion de scandales politico-financiers retentissants aussi bien en France (affaire Elf) qu'en Grèce (affaire Tsochandjopoulos). Dans la première de ces affaires, un vaste réseau de corruption d'hommes politiques africains avec des sommes de plusieurs centaines de millions d'euros avait été mis en place pendant des décennies par les responsables du géant du pétrole français, selon beaucoup non sans la complicité de certains hommes politiques français, en

---

<sup>2398</sup> Ch. Cutajar, op. cit., nos 124 suiv., notamment nos 127 suiv., sur les techniques utilisées dans le cadre de l'étape dite d'« intégration ». Sur l'utilisation de sociétés civiles immobilières dans le cadre de ces pratiques, notamment au sud-est français, v. E. Vernier, op. cit., p. 229 suiv.

<sup>2399</sup> V. Ch. Cutajar, op. cit., nos 137 suiv.

<sup>2400</sup> V. pour des exemples Ch. Cutajar, op. cit., no 138.

utilisant dans ce but des ressources d'Elf elle-même ou de ses filiales, ressources soustraites par plusieurs techniques à ces sociétés ; un réseau de sociétés off-shore garantissait d'autre part le retour de rétrocommissions aux responsables d'Elf. Dans la seconde de ces affaires, l'ex-ministre de la Défense grec, M. A. Tsochandjopoulos, a été condamné (à premier degré) pour avoir utilisé des sociétés off-shore dans le but de pouvoir blanchir des sommes de provenance de « pots de vin » de certains millions d'euros perçus par lui pour la réalisation d'achats de certains types d'armes par l'armée grecque ; les sociétés off-shore s'étaient présentées comme acquéreuses de nombreux immeubles particulièrement chers en Grèce, l'un d'eux, au centre d'Athènes et en face de l'Acropole, servant comme habitation à M. Tsochandjopoulos, qui apparaissait d'abord comme simple locataire ; son épouse a finalement « acheté » de l'une des sociétés off-shore de M. Tsochandjopoulos l'immeuble en cause un peu avant la mise en vigueur d'une législation qui augmentait la taxation des immeubles possédés en Grèce par des sociétés off-shore<sup>2401</sup>.

#### **Les sociétés utilisées directement comme outils d'activité criminelle**

Il s'agit de sociétés directement utilisées pour l'activité criminelle, notamment le trafic de drogue. Ces sociétés se trouvent ainsi à l'amont du processus du blanchiment. Les sociétés en cause sont bien sûr constituées avec un objet licite statutaire, mais leur but réel est d'organiser l'activité criminelle et faciliter son exécution en lui donnant une apparence de licéité. Elles sont notamment utilisées dans le domaine du transport maritime en visant à masquer l'opération du transport de stupéfiants. L'objectif est bien sûr aussi de masquer autant que possible l'identité réelle des personnes impliquées comme maîtres de l'affaire par l'utilisation de nouveau des paradis juridiques, souvent par la constitution d'une société d'exploitation d'un navire pour chaque opération de trafic de drogue. Les sociétés écrans peuvent d'ailleurs être utilisées comme instruments d'autres activités criminelles, le plus souvent dans le cadre d'opérations frauduleuses, notamment d'escroquerie<sup>2402</sup>. Est ainsi

---

<sup>2401</sup> Sur l'affaire Elf v. l'arrêt précité du 31 janvier 2007 de la Chambre criminelle de la Cour de cassation, avec validation des condamnations pour abus de biens sociaux et recel prononcées par les juges du fond à l'encontre des dirigeants d'Elf et de leurs complices. Quant à M. Tsochandjopoulos, il a été condamné en octobre 2013 à premier degré à réclusion de 20 ans pour blanchiment de capitaux de provenance de sa corruption ; plusieurs de ses complices –personnes interposées, titulaires-hommes de paille des sociétés off-shore, membres de sa famille ayant bénéficié et participé à ses manœuvres, y compris son épouse- ont aussi été condamnées à de lourdes peines.

<sup>2402</sup> V. Ch. Cutajar, n° 426 suiv., avec l'exemple de l'escroquerie gigantesque effectuée par le biais de sociétés fictives en France dans les années 1970 dans l'affaire FLATTO SHARON, A. Martin-Serf, op. cit., nos 163 suiv. L'escroquerie est aujourd'hui définie par le Code pénal français (art. 313-1) comme le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou

assez fréquente l'utilisation de sociétés – le plus souvent, mais non exclusivement de sociétés off-shore -pour canaliser l'argent de la corruption politique de provenance fréquemment d'opérateurs économiques de prestige, cette dernière utilisation étant d'ailleurs étroitement liée au processus du blanchiment de cet argent<sup>2403</sup>. Des sociétés fictives sont aussi utilisées pour organiser le pillage d'une société par ses dirigeants par le biais de transactions au détriment de l'intérêt de leurs sociétés (abus de biens sociaux en droit français), ou dans le cadre d'une banqueroute, au sens de l'effort de soustraire un actif de l'entreprise se dirigeant vers la cessation de paiements<sup>2404</sup>. Est aussi assez répandue l'utilisation de sociétés fictives pour mettre en place les infractions de faux et d'usage de

---

décharge. Elle est punie de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 375.000 euros. Le Code pénal en vigueur en France avant 1994 prévoyait une longue liste d'agissements constitutifs de manoeuvres frauduleuses, dont faisait expressément partie l'utilisation de fausses entreprises. La nouvelle rédaction est réputée plus inclusive que la précédente. En droit grec l'infraction correspondant à l'escroquerie (apati- art. 386 Code pénal grec-Poinikos Kodikas, PK) est définie comme le fait pour une personne de nuire en connaissance de cause à un patrimoine étranger dans le but d'obtenir pour elle-même ou pour une autre personne un avantage patrimonial illicite, en persuadant un autre à effectuer ou omettre ou tolérer un acte par le moyen de présenter des faux faits comme réels ou de dissimuler ou passer sous silence de façon illicite de faits réels. La apati est punie comme délit avec une peine minimum de 3 mois (étant entendu jusqu'à 5 ans) et de 2 ans si le dommage en résultant est particulièrement important. Dans les cas de certaines circonstances aggravantes (commission professionnelle ou habituelle avec profit ou dommage total en résultant au-dessus de 30.000 euros ou valeur du profit ou dommage en résultant au-dessus de 120.000 euros) la apati est punie comme crime, avec réclusion jusqu'à 10 ans.

<sup>2403</sup> V. Ch. Cutajar op. cit. no 431, citant l'exemple de la création d'une société fictive facturant des études ou plus généralement des travaux fictifs à la société de construction agent actif de la corruption pour justifier le détournement des fonds devant être utilisés pour la corruption. Pour la répression pénale de la corruption et du trafic d'influence actifs et passifs en droit français v. art. 435-1 à 435-4 C. pén. et en droit grec 253, 254 PK.

<sup>2404</sup> V. Ch. Cutajar, op.cit., nos 435- 438. Sur l'abus de biens sociaux du droit français et le délit du droit pénal commun grec de apistia utilisé pour réprimer de tels comportements v. supra Partie I. La banqueroute est définie par le droit pénal français par le biais d'une énumération de comportements frauduleux effectués par un commerçant, artisan ou dirigeant d'une personne morale de droit privé dans le cadre ou avant l'ouverture d'une procédure collective et elle est punie de 5 ans d'emprisonnement et de 75.000 euros d'amende ainsi que d'une série de peines complémentaires (art. L654-1 à L654-7 C.com.) ; le cas de banqueroute qui peut avoir une relation avec l'utilisation de sociétés fictives est le détournement ou la dissimulation de tout ou partie de l'actif du débiteur. Le droit grec punit la faillite (chreokopia) au sens de droit pénal, cette infraction étant aujourd'hui définie dans l'art. 171 du Code des faillites (Ptocheftikos Kodikas –Pt. K.) par une liste de comportements frauduleux, malhonnêtes ou imprudentes du débiteur en vue de la cessation des paiements ou après sa déclaration, dont font partie et ont une relation avec l'utilisation possible de sociétés fictives la dissimulation de biens de son patrimoine, mais aussi le cas de figure plus inclusif de la diminution intentionnelle de son patrimoine de toute manière et la dissimulation de ses rapports juridiques réels. L'auteur de ces actes est puni d'un emprisonnement d'au moins de deux ans (étant entendu jusqu'à 5 ans) et d'une peine monétaire. Les mêmes peines sont prévues pour ces mêmes agissements à l'égard des dirigeants de personnes morales ayant la capacité de faillite (176 Pt. K.), tandis qu'est punie d'un emprisonnement jusqu'à deux ans la personne qui a participé en connaissance de cause aux agissements du débiteur allant faire faillite ou déjà en faillite diminuant le patrimoine sous faillite (173 Pt. K).

faux en écriture, notamment pour ce qui concerne l'émission de fausses factures<sup>2405</sup>. De telles sociétés ont été aussi utilisées dans le cadre d'opérations de recel, d'abus de confiance, d'organisation de l'insolvabilité mais aussi pour mettre en place une manipulation des cours sur le marché boursier<sup>2406</sup>. N'est pas aussi inconnue l'utilisation de sociétés

---

<sup>2405</sup> V. Ch. Cutajar, op. cit., no 432. L'art. 441-1 du Code pénal français définit le faux comme toute altération frauduleuse de la vérité, de nature à causer un préjudice et accomplie par quelque moyen que ce soit, dans un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée qui a pour objet ou qui a pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques. Le faux et l'usage de faux sont punis de 3 ans d'emprisonnement et d'une amende de 45.000 euros. Selon Mme Cutajar, l'utilisation de fausses factures est constitutive non seulement du délit du faux et d'usage de faux, mais aussi des manœuvres frauduleuses de l'escroquerie. Ce même auteur s'interroge sur la caractère éventuellement constitutif de faux des déclarations mensongères faits dans les statuts pour obtenir l'immatriculation de sociétés fictives. En droit grec l'infraction correspondante (plastographia- art. 216 PK) est définie comme la rédaction d'un écrit faux ou l'altération d'un écrit dans le but d'induire autrui en erreur sur un fait pouvant avoir des conséquences juridiques ou l'usage d'un écrit faux ou altéré en connaissance de sa nature et elles constitue un délit, punissable avec une peine d'emprisonnement d'au moins 3 mois (étant entendu jusqu'à 5 ans) ; pourtant, si l'auteur de ces actes avait l'intention de se procurer un avantage patrimonial ou de procurer un tel avantage à une autre personne, en nuisant à autrui ou s'il avait l'intention de nuire à autrui, il est puni avec réclusion jusqu'à 10 ans si le profit ou le dommage en résultant est supérieur à 120.000 euros. Cette dernière peine de réclusion est prévue en cas de commission habituelle ou professionnelle d'actes de faux, si le profit ou le dommage total en résultant dépasse la valeur de 30.000 euros.

<sup>2406</sup> Sur l'accomplissement de ces infractions par le biais de sociétés écrans v. Ch. Cutajar, op. cit., nos 428, 429, 439. Le recel est défini par le droit pénal français (art. 321-1 C. pén.) comme le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit ainsi que le fait, en connaissance de cause, de bénéficier par tout moyen du produit d'un crime ou d'un délit. Il est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 375.000 euros, avec introduction de circonstances aggravantes, comme l'exercice habituel du recel ou l'utilisation des facilités d'une activité professionnelle ou son exercice en bande organisée. En droit grec le recel (art. 394 PK- acceptation et disposition de produits d'une infraction pénale) est défini comme le fait effectué avec intention par une personne consistant à la dissimulation, achat, prise en gage ou prise en sa possession par n'importe quelle autre manière d'une chose de provenance d'un acte pénalement sanctionné ou à la transmission à autrui de la possession d'une telle chose ou à la participation à cette transmission ou à la garantie à un autre de cette possession. Aux choses de provenance criminelle est assimilé le prix ou les biens acquis par l'aliénation de ces choses. Le recel du Code grec est puni comme délit, avec un maximum de peine de 5 ans, avec prévision d'un minimum de 6 mois en cas de concours de circonstances aggravantes, notamment de son exercice professionnel ou habituel. L'abus de confiance est défini par le droit français (art. 314-1 C.pén.) comme le fait d'une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé. Il est puni de 3 ans d'emprisonnement et d'une amende de 375.000 euros, avec prévision de circonstances aggravantes qui sont traitées avec des peines aggravées. En droit grec à l'abus de confiance correspond la hypexaireci, définie dans l'art. 375 PK comme le fait par une personne de s'approprier illicitement un bien meuble corporel appartenant à autrui totalement ou partiellement et étant parvenu à sa possession par n'importe quelle manière, ainsi que l'appropriation illicite du prix d'un bien meuble corporel qu'on lui avait confié de vendre ou d'un bien meuble corporel acquis par le moyen d'argent ou d'un autre bien qu'on lui avait confié pour l'acquisition de ce bien. La hypexaireci est punie comme délit avec une peine d'emprisonnement jusqu'à deux ans ou au moins d'un an (avec plafond les 5 ans) si la chose détournée est de valeur particulièrement importante, avec toutefois transformation en crime et prévision de la peine de réclusion jusqu'à dix ans dans le cas du concours de certaines circonstances aggravantes, notamment si l'infraction a été commise dans le cadre de relations de mandat ou de gestion de patrimoine étranger. Le droit français prévoit un délit d'organisation d'insolvabilité, puni de 3 ans d'emprisonnement et de 45.000 euros d'amende, pour l'organisation frauduleuse de l'insolvabilité

comme façades dans l'organisation de réseaux de traficking international, avec commission des infractions y impliquées.

## **B. La réaction des deux droits sous comparaison**

L'utilisation de sociétés à des buts criminels, notamment le blanchiment de capitaux de provenance criminelle, est un aspect du problème plus général présenté par ces activités pour les ordres juridiques français, grec et communautaire. Ces ordres juridiques ont par ailleurs introduit des législations spéciales visant à faire face aux procédés de blanchiment de capitaux de provenance d'activités criminelles, ces procédés eux-mêmes engageant bien sûr la responsabilité pénale de leurs auteurs<sup>2407</sup>. Le degré de réussite de ces dispositifs est

---

d'un débiteur personne physique ou morale en vue de se soustraire de l'exécution d'une condamnation pénale de nature patrimoniale ou d'une condamnation civile de nature délictuelle, quasi-délictuelle ou d'aliments (art. 314-7 à 314-9 C. pén.). Le droit grec, plus sévère sur ce point, prévoit (art. 397 PK) la sanction pénale pour le débiteur qui empêche totalement ou partiellement la satisfaction de son créancier en endommageant, détruisant ou rendant sans valeur, en dissimulant ou aliénant sans contrepartie équivalente et solvable quelconque de ces biens ou en fabriquant de fausses dettes ou de faux actes juridiques. Le débiteur agissant de la sorte ainsi que toute personne ayant effectué de tels actes au profit du débiteur sont punis d'un emprisonnement jusqu'à 2 ans ou d'une peine monétaire, sauf si l'infraction en cause est punie plus sévèrement par une autre disposition. Sur la manipulation des cours dans les deux droits sous comparaison v. supra Partie I, Titre II.

<sup>2407</sup> Pour le droit européen, v. la Convention européenne contre le blanchiment de capitaux, la directive 91/308 CEE pour la prévention de l'utilisation du système financier dans le but de légalisation de revenus de provenance d'activités criminelles, directives anti-blanchiment 2005/60 et 2006/70/CE (v. Ch. Cutajar et alii « La prévention du blanchiment et du financement du terrorisme », RD bancaire et fin 3/2009, 14, p. 89 suiv.). Pour le droit français, v. notamment le Titre VI du Code Monétaire et Financier (art. L561-1 suiv. « Obligations relatives à la lutte contre le blanchiment de capitaux, le financement d'activités terroristes et les loteries, jeux et paris prohibés ») et dans le Titre VII du même Code le Chapitre V sur les sanctions pénales concernant la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement des activités terroristes. En droit grec, v. notamment les lois 2331/1995 et aujourd'hui 3691/2008 (« Prévention et répression de la législation des revenus de provenance d'activités criminelles et autres dispositions pénales »). Pour le droit français le blanchiment est puni de 5 ans d'emprisonnement et d'une amende de 375.000 euros et de dix ans d'emprisonnement et d'une amende de 750.000 euros si il a lieu de façon habituelle ou professionnelle ou en utilisant les facilités offertes par l'exercice d'une activité professionnelle ou est exercé en bande organisée. Les amendes en cause peuvent en plus atteindre la moitié de la valeur des biens ou des fonds sur lesquelles portent les opérations du blanchiment. Lorsque les capitaux blanchis proviennent d'une activité criminelle punie d'une peine privative de la liberté plus sévère que celle réservée au blanchiment, l'auteur du blanchiment est puni de cette peine privative de la liberté prévue pour l'infraction principale, s'il en avait connaissance. Le droit français prévoit aussi une série de peines complémentaires pour l'auteur du blanchiment (art. 324-1 à 324-6 C. pén.). En droit grec le blanchiment de capitaux de provenance criminelle est puni d'une réclusion jusqu'à 10 ans et d'une peine monétaire pouvant aller jusqu'à 1.000.000 d'euros, avec augmentation des peines en cas de concours de certaines circonstances aggravantes, notamment l'exercice du blanchiment à titre habituel ou professionnelle ou certaines qualités de son auteur, la privation de la liberté pouvant aller dans ces cas jusqu'à la réclusion perpétuelle; il prévoit d'autre part une atténuation des peines pour le blanchiment si l'infraction dont proviennent les capitaux blanchis est un délit et les revenus en cause ne dépassent pas la valeur de 15.000 euros ou si auteur de l'infraction et blanchisseur sont liés de certains liens familiaux (art. 45 L3691/2008).

une question ouverte au débat<sup>2408</sup>. Pour ce qui concerne les obligations des tiers, une utilisation anormale de sociétés pour des transactions suspectes active les obligations de vigilance et d'information qui pèsent sur les professionnels rencontrant des opérations pouvant engendrer le soupçon qu'elles constituent des tentatives de blanchiment de capitaux, le droit français prévoyant expressément certains de ces cas d'utilisation anormale engendrant l'obligation de déclaration, avec prise en compte des montages sociétaires servant les opérations de blanchiment. Il est aussi à noter que pour le droit grec fait partie de l'obligation de vigilance des professionnels du secteur financier –activée par le soupçon de réalisation de blanchiment mais aussi dans certains autres cas, notamment la continuité de relations d'affaires et le dépassement de certains seuils dans les transactions- l'obligation de rechercher le ou les propriétaires réels- personne ou personnes physiques des sociétés qui se présentent comme partie de ces transactions ; il s'agit d'une sorte d'injonction aux professionnels de la finance de rechercher ce qui se trouve derrière le voile de la personnalité morale de ces sociétés et des montages sociétaires, dans le but de la transparence des transactions financières et de la lutte contre la criminalité<sup>2409</sup>. Dans tous

---

<sup>2408</sup> V. E. Vernier, op. cit., p. 171 suiv., Th. Godefroy- P. Lascoumes « Le capitalisme clandestin. L'illusoire régulation des places off-shore », La Découverte, 2004. V. toutefois supra sur les efforts de régulation des transactions avec les places off-shore après 2008.

<sup>2409</sup> Sur ces obligations de vigilance et d'information pesant sur les professionnels du secteur financier v. pour le droit français L561-1 suiv. C. mon. fin. et pour le droit grec 12 suiv., 28 suiv. L3691/2008. Les cas d'utilisation anormale de sociétés pour lesquels le droit français prévoit expressément l'activation de l'obligation de déclaration des professionnels de la finance pour soupçon de blanchiment sont l'utilisation de sociétés écran dont l'activité n'est pas cohérente avec leur objet social ou ayant leur siège social à un Etat non coopératif ou à l'adresse privée d'un des bénéficiaires de l'opération suspecte ou chez un domiciliataire au sens de l'art. R123-11 C.com., la réalisation d'opérations financières par des sociétés dans lesquelles sont intervenus des changements statutaires fréquents non justifiés par la situation économique de l'entreprise, l'émission de factures justificatives des opérations financières par des sociétés sans mention de leur numéro d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés, l'utilisation de structures sociétaires complexes et de montages juridiques et financiers rendant peu transparentes les mécanismes de gestion et d'administration de sorte qu'il en résulte difficulté d'identifier les bénéficiaires effectifs et les liens entre l'origine ou la destination des fonds et l'utilisation régulière par des personnes établies et ayant leur activité en France de comptes détenus par des sociétés étrangères (art. D561-32-1 C. mon. fin.). Le droit grec (art. 4 L3691/2008) considère comme propriétaire effectif de la société cliente que les professionnels doivent rechercher dans le cadre de leur opération de vigilance (art. 13 de la même loi) notamment la ou les personnes physiques possédant ou contrôlant la société par le biais de la possession ou du contrôle direct ou indirect d'un pourcentage suffisant d'actions ou de droits de vote, y compris par le biais d'actions au porteur, sauf s'il s'agit d'une société dont les actions sont cotées sur un marché réglementé étant soumise aux obligations d'information du droit communautaire ou résultant de standards équivalents internationaux ; un pourcentage de 25 pour cent des actions est réputé remplir ce critère. Est aussi réputée propriétaire effectif de la société cliente la ou les personnes morales exerçant par n'importe quelle autre manière contrôle sur la gestion de la société. Le droit français (art. R561-5 C. mon. fin.) prévoit comme partie de l'obligation d'identification du client l'obligation des professionnels de la finance de demander la communication de l'original ou de copie de tout acte ou extrait de registre officiel datant de moins de trois mois constatant la dénomination, la forme juridique, l'adresse du siège social, et l'identité des associés et les dirigeants sociaux mentionnés au 1 et 2 de



ces cas d'utilisation de sociétés pour des activités criminelles, ce qui intéresse principalement du point de vue de la répression pénale est d'atteindre les personnes physiques maîtres de l'affaire ou complices derrière l'écran des sociétés pour mettre une fin à leur activité et leur imposer les peines prévues<sup>2410</sup>. Pour ce qui concerne les sociétés de nationalité française ou grecque utilisées dans le cadre d'opérations criminelles, il est clair qu'elles souffrent d'objet réel illicite, du moins si l'activité criminelle est leur objet principal<sup>2411</sup>. La sanction de la nullité du droit des sociétés français sur le fondement soit de la fictivité, soit de la cause illicite - nullité opérant comme dissolution suivie de liquidation - ne semble pas pourtant adéquate pour le traitement des sociétés en cause ; c'est parce que ces sociétés portent des atteintes particulièrement graves à l'ordre public général, de sorte qu'il ne semble pas tolérable de leur reconnaître une existence juridique de fait jusqu'à la prononciation de leur nullité et de les liquider conformément à leurs statuts. D'autre part, selon l'opinion dominante dans la doctrine grecque, suivant sur ce point une interprétation du droit communautaire ayant des conséquences problématiques, sanctionnée pourtant par la CJCE, seul l'objet statutaire illicite est une cause de nullité des sociétés de capitaux, avec comme conséquence que serait exclue même la prononciation de la nullité de telles sociétés ayant un objet réel criminel<sup>2412</sup>. Il nous semble pourtant qu'il y a un besoin évident d'élimination du monde juridique des sociétés servant des activités criminelles, une élimination qui en plus doit suivre des voies plus marquées par la protection de l'ordre public général que la procédure du contentieux privé. Le dispositif français de sanction pénale des personnes morales, pouvant aller jusqu'à la dissolution de la personne morale criminelle, est indéniablement utile pour ce qui concerne ce dernier problème de l'initiative et de la procédure de prononciation de la dissolution, pouvant en plus appréhender tout le spectre de la criminalité économique (v. notamment l'art. 139-39 du Code pénal français, prévoyant comme peine la dissolution des personnes morales créées pour être utilisées à des buts

---

l'art. R123-54 C.com. ou de leurs équivalents en droits étrangers (les associés mentionnés ici sont les associés indéfiniment tenus pour les dettes sociales).

<sup>2410</sup> V. art. 1 suiv. L 2331/1995. Le § 3 de cet article prévoit d'ailleurs expressément comme délit la constitution ou acquisition d'entreprise dans le but de légaliser l'argent sale. V. aussi plus généralement sur la répression pénale des personnes derrière la société écran, Ch. Cutajar, thèse précitée, n° 426 suiv.

<sup>2411</sup> V. plus généralement sur l'objet illicite des sociétés écran de façade, Ch. Cutajar, thèse précitée, nos 347 suiv.

<sup>2412</sup> V. sur le caractère inadéquat de la nullité du droit des sociétés pour les sociétés de façade avec objet illicite, Ch. Cutajar, n° 398, soulignant le caractère inadmissible des conséquences en résultant dans le cas p. ex. de sociétés avec objet réel le trafic de stupéfiants. Pour cet auteur la protection des tiers ayant contracté de bonne foi avec la société écran anéantie devrait se fonder sur la théorie de l'apparence- op. cit., nos 466 suiv. V. plus généralement sur les nullités de sociétés - notamment de celles de capitaux - en droit français, en droit grec et en droit communautaire supra Partie I de notre thèse.

criminels, mais aussi, sous certaines conditions, de celles détournées de leur but initiale pour être utilisées dans de telles activités, ainsi que les art. 313-9, 314-13, 321-12, 324-9 du même Code, renvoyant plus généralement pour le traitement pénale des personnes morales impliquées à des opérations d'escroquerie, d'abus de confiance, d'organisation frauduleuse de l'insolvabilité, de recel et de blanchiment aux art. 139-38, 139-39)<sup>2413</sup>. Le droit grec, ne reconnaissant pas pour le moment la responsabilité pénale des personnes morales (v. supra, Partie I), a introduit un dispositif spécial de sanctions administratives pour les personnes morales ou entreprises impliquées dans les processus de blanchiment de capitaux, mais aussi pour celles utilisées dans le cadre des activités des organisations criminelles (art. 41 L3251/2004, 51 L3691/2008) ; mais les sanctions pour ces activités ne peuvent pas aller jusqu'à la dissolution de la personne morale, ces sanctions étant échelonnées jusqu'à la révocation de l'autorisation de fonctionnement ou la prohibition définitive de l'activité de l'entreprise sociétaire prononcées par acte administratif, une limitation qui laisse sans solution la question de l'élimination du monde juridique des structures criminogènes elles-mêmes. Il est vrai que pour les sociétés de droit spécial, ayant un objet social impérativement limité (banques, compagnies d'assurance), la prohibition d'exercice de ces entreprises ou la révocation de leur autorisation de fonctionnement ouvrirait la voie à leur dissolution suivant les lois spéciales les concernant<sup>2414</sup>. Ce n'est pas pourtant le cas pour les sociétés de droit commun, dont l'objet statutaire est le plus souvent très large, avec comme conséquence que ces sociétés peuvent survivre aux prohibitions et révocations en cause d'exercice d'une entreprise, l'impossibilité de poursuite de leur objet statutaire n'étant en plus une cause de dissolution des sociétés anonymes grecques. D'ailleurs, pour les sociétés anonymes de droit commun il n'existe plus –après 2007- possibilité de révocation de l'autorisation administrative de leur constitution ayant comme conséquence leur dissolution, et cela même dans les cas où une telle autorisation est encore prévue, de sorte que n'est plus possible la dissolution de cette façon des sociétés pour activité illicite (en plus la doctrine dominante grecque, toujours sur le fondement de la même interprétation très stricte du droit communautaire, refusait d'accepter la possibilité d'une telle révocation aboutissant à dissolution pour objet réel illicite même quand la possibilité de révocation de l'autorisation existait encore -v. supra, Partie I). Il est

---

<sup>2413</sup> V. aussi les art. 121-2, 324-1, 324-2, 324-9 du Code pénal français.

<sup>2414</sup> V. sur les dispositifs de révocation des autorisations d'établissement de crédit ou d'entreprise d'assurance et leur conséquence de mise de la société en liquidation Sp. Psychomanis « Droit du système bancaire », éd. Sakkoula 2009, 2<sup>e</sup> édition, p. 340 suiv., I. Rokas « Assurance privée –Droit de la convention et de l'entreprise d'assurance », éd. Ant. N. Sakkoula 2006, 11<sup>e</sup> édition, p. 570 suiv.

d'autre part vrai que le problème le plus essentiel dans l'utilisation de sociétés dans les processus de blanchiment concerne non pas l'utilisation des sociétés nationales (françaises et grecques), mais l'implication des sociétés off-shore, à cause de l'opacité qu'elles offrent ; l'instrumentalisation de ces sociétés non seulement dans le but d'évasion fiscale (v. supra), mais aussi dans le cadre d'activités criminelles encore plus condamnables et dangereuses, fait surgir dans toute son acuité le problème qu'elles posent aux ordres juridiques nationaux. Les efforts des dernières années d'obliger les places off-shore à une certaine coopération et moralisation sont peut-être d'une perspective de réussite assez douteuse, comme nous avons vu ci-dessus. Un auteur français avait proposé dans le passé une solution radicale qui nous semble toutefois de bon sens, à savoir de refuser par intervention expresse du législateur la reconnaissance de la capacité juridique aux sociétés off-shore, en considérant qu'elles expriment une conception sur les sociétés en opposition avec l'ordre public sociétaire français (et grec, ajoutons-nous)<sup>2415</sup>. Ce serait essentiellement refuser les effets juridiques à l'activité de ces sociétés en France et en Grèce, en faisant peser sur elles une présomption d'activité frauduleuse, plus généralement illicite et même criminelle, une présomption toutefois bien fondée dans les faits.

## CONCLUSION DU TITRE II

---

<sup>2415</sup> Ch. Cutajar « L'ordre juridique français face aux « sociétés écrans » des paradis fiscaux », in « Le blanchiment des profits illicites », p. 153 suiv., spéc. p. 165 suiv. L'auteur relève les obligations impératives imposées par toutes les législations sérieuses aux sociétés en "contrepartie" de la reconnaissance de la responsabilité limitée et de la séparation de la propriété et de la gestion (déclaration et libération d'un minimum de capital social, réunion régulière des organes sociaux, tenue de comptabilité et d'archives de la société, existence de représentants déclarés) ; elle souligne aussi que par contre les sociétés off-shore ne sont soumises à aucune de ces prescriptions, leur raison d'être étant de permettre à leurs propriétaires d'agir en toute liberté dans le plus strict anonymat, tout en ayant un caractère facteurs criminogène avéré. Sa proposition est de prévoir expressément le refus de reconnaissance de la capacité juridique aux sociétés étrangères qui ne sont pas pleinement autorisées à exercer une activité dans l'Etat de leur siège social. Plus généralement sur des propositions pour la lutte anti-blanchiment et contre le crime économique v. Ch. Cutajar (dir.) « Garantir que le crime ne paie pas : Stratégie pour enrayer le développement des marchés criminels », PU Strasbourg 2011, préface J. Barrot.

Au-delà des montages se tournant autour d'une société expression d'une entreprise considérée comme entité juridico-économique autonome, comme c'est sa destination typique par la loi aussi bien en France qu'en Grèce, il y a des montages instrumentalisant à l'un ou l'autre degré les sociétés et l'impératif nécessaire pour leur mise en place et fonctionnement en dehors de cette destination typique de la loi. La première grande catégorie des montages abordée dans le cadre de ce Titre a été celle du "montage structurel" de groupe de sociétés, consistant typiquement à l'expression juridique d'une entreprise unique, avec un centre unique de direction, par une pluralité de sociétés, dans un souci surtout de segmentation des risques et d'une gestion plus flexible et adaptable de l'entreprise en groupe, chaque société du groupe étant instrumentalisée comme une pièce dans l'ensemble, malgré sa destination typique légale de constituer la forme juridique d'une entreprise-entité juridico-économique autonome. Le montage structurel du groupe de sociétés, mis en place par le biais de techniques aussi bien du droit de sociétés au sens strict que des techniques combinant des éléments du droit des sociétés et du droit des contrats, dont plusieurs d'ailleurs constituent des montages que nous avons étudiés dans le Titre précédent, le plus souvent en restructuration permanente, est un élément essentiel du capitalisme contemporain, comme presque toutes les entreprises importantes, notamment celles multinationales, sont organisées sous la forme de groupe de sociétés, et bien sûr sa licéité de principe n'est pas contestée. Les groupes de sociétés sont plus développés en France qu'en Grèce, mais dans cette dernière aussi le phénomène du groupe a connu un essor certain les dernières décennies. La réalité du groupe de sociétés pose ainsi des problèmes importants aux conceptions traditionnelles sur les sociétés (la société vue comme contrat ou comme groupement de personnes), notamment dans les filiales totalement contrôlées par le groupe, comme d'ailleurs elle pose de tels problèmes à la conception regardant les sociétés comme typiquement des formes juridiques d'entreprises vues comme entités autonomes. Ce qui est sûr est que ni le droit français ni le droit grec ne contiennent une réglementation d'ensemble sur le groupe de sociétés, et aucun de ces droits ne reconnaît le groupe comme entité juridique ; ce vide de réglementation est pourtant favorable au montage structurel du groupe, comme elle permet sans problèmes le cumul des avantages recherchés par les particuliers (direction unique d'une entreprise sous la forme de plusieurs sociétés permettant la segmentation des risques). Mais il est d'autre part indéniable que le groupe de sociétés pose de nombreux problèmes, notamment pour ce qui concerne la protection des minoritaires des filiales et la protection des créanciers de chaque société du groupe, et même de l'ensemble social, dans le cas de groupes dont des

activités peuvent porter des atteintes sérieuses notamment à l'environnement ; se pose ainsi la question des limites d'ordre public économique de la liberté des particuliers d'organiser une entreprise sous forme de groupes de sociétés et de cumuler les avantages escomptés. Les deux droits sous comparaison ont en tout cas été amenés à tenir compte du phénomène du groupe de sociétés par le biais d'interventions spéciales. L'harmonisation communautaire a ainsi imposé aussi bien pour le droit français que pour le droit grec une consolidation des comptes au niveau du groupe, l'organisation de l'opacité comptable n'étant pas une finalité acceptable de la mise d'une entreprise sous la forme de groupes de sociétés ; mais les notions utilisées pour cette consolidation et le périmètre de cette dernière ne sont pas les mêmes dans les deux droits sous comparaison, celui français et celui grec : le droit français utilise comme critère de consolidation une notion de contrôle d'une société par une autre, notion plus large que celle de la relation mère-filiale telle que définie par lui, tandis que le droit grec utilise pour la consolidation une notion plus générale d'entreprises liées dont la sous-catégorie principale sont les sociétés ayant entre elles une relation de mère et filiale, selon des critères de contrôle beaucoup plus larges que pour les termes mère -filiale en droit français. Les deux droits introduisent en plus des dispositifs impératifs visant à neutraliser l'autocontrôle dans le cadre des groupes de sociétés, dispositifs non sans différences entre eux. Pour ce qui concerne la fiscalité, le droit fiscal français combine une réglementation particulièrement favorable pour la circulation des résultats au sein du groupe avec un effort de réprimer les transactions artificielles internationales et les établissements à des pays à fiscalité privilégiée visant à l'évasion fiscale au sein du groupe ; le droit fiscal grec suit lui aussi ces deux axes d'intervention, mais sa faveur pour ce qui concerne la circulation des résultats au sein du groupe n'est pas tellement grande que celle du droit français. Le groupe de sociétés est aussi pris en compte par le droit des marchés financiers des deux pays, notamment pour ce qui concerne l'établissement de l'action de concert, mais aussi bien sûr par le droit de la concurrence, car le groupe de sociétés est une structure étroitement liée à la concentration économique et sa gestion. Une certaine prise en compte du groupe de sociétés est effectuée dans les deux droits sous comparaison par le droit du travail. Malgré ces interventions, des questions importantes pour ce qui concerne le montage structurel du groupe des sociétés sont restées aussi bien en France qu'en Grèce au domaine de la jurisprudence et de la doctrine. Une notion d'intérêt du groupe pris dans son ensemble a ainsi été dégagée par la jurisprudence pénale française comme fondement d'exonération des dirigeants des sociétés du groupe de l'incrimination pour abus de biens sociaux. Cette notion suppose l'existence d'une politique cohérente au niveau du groupe ainsi que le maintien d'un équilibre entre l'intérêt du groupe et l'intérêt de

la filiale ; pourtant, la jurisprudence fiscale française est hésitante à reconnaître un effet exonérateur de l'intérêt du groupe en ce qui concerne l'acte anormal de gestion et l'influence de cette notion en matière de droit de sociétés au sens strict est incertaine. La doctrine grecque accepte une notion d'intérêt du groupe pouvant justifier des interventions de la direction du groupe à l'encontre de l'intérêt immédiat d'une société du groupe, une notion exigeant elle aussi le respect d'un équilibre entre intérêt du groupe et intérêt de la filiale, mais influencée plutôt par le débat sur ces questions en Allemagne ; la jurisprudence grecque semble elle aussi se mouvoir vers cette direction, mais elle est pour le moment peu fournie en la matière. Pour ce qui concerne la protection des minoritaires au sein du groupe, le mécanisme principal d'une telle protection est en droit français l'abus de majorité, pouvant fonder aussi bien la nullité de la décision que l'indemnisation des minoritaires ; mais l'abus de majorité a des critères exigeants qui doivent être réunis même dans le cadre du groupe de sociétés. En droit grec, la question de la protection des minoritaires est posée dans la doctrine non tellement du point de vue de la nullité de la décision ou de l'indemnisation des minoritaires directement, mais surtout du point de vue de l'indemnisation de la société du groupe pour les agissements de la société mère lui ayant causé un dommage, les minoritaires étant ainsi indirectement protégés ; la doctrine a proposé de différents mécanismes juridiques de provenance du droit commun et du droit des sociétés grecs pour aboutir à ce résultat. Pour ce qui concerne la protection des créanciers sociaux, les deux droits sous comparaison respectent en principe l'autonomie de la personnalité morale de chaque société membre du groupe, qui en principe est seule responsable pour les dettes contractées à son nom ; mais ce principe est infléchi s'il y a utilisation anormale des sociétés du groupe. En France, cela se fait par le biais des mécanismes de fictivité et de confusion de patrimoines, notamment dans le cadre d'une procédure collective, ou par la considération que la société mère est dirigeant de fait de la filiale en procédure collective ou sur le fondement de la théorie de l'apparence ou sur celui de l'immixtion de la société mère pouvant aboutir à sa qualification de coemployeur des salariés de la filiale ; mais la jurisprudence française tend à avoir une conception restrictive de la fictivité et de la confusion de patrimoines dans le cadre des groupes de sociétés. En droit grec, le mécanisme principal pour lever le voile d'une société membre du groupe et atteindre la société mère ou le maître de l'affaire est pour les sociétés de capitaux l'abus de personnalité morale, fondé sur la prohibition de l'abus de droit de l'art. 281 AK (Code civil grec), avec comme résultat une levée ad hoc, non la nullité de la société constitutive d'abus ; mais l'abus ne se présume pas même en cas de groupes ayant comme seule raison d'être la segmentation des risques, et une volonté frauduleuse doit chaque fois être établie

par le biais d'un faisceau d'indices pour que l'abus soit retenu, des critères de levée de la personnalité morale rencontrés aussi en droit français se trouvant dans ce faisceau, comme la confusion de patrimoines et la création au créancier de la société contrôlée de la conviction légitime que s'engage aussi la société mère ou le maître de l'affaire. Ces solutions ne laissent pas satisfaits certains auteurs français et grecs qui proposent l'introduction d'une présomption simple de responsabilité du groupe pour l'inexécution des obligations d'une société qui est l'un de ses membres, en s'efforçant de la sorte de tirer les pleins effets de la réalité du groupe de sociétés comme structure soumise à une unicité de pouvoir, proposition avec des conséquences de *lege ferenda* majeures. Un cas particulier de groupe de sociétés est celui mis en place ad hoc dans le cadre des montages de LBO, des schémas d'acquisition d'entreprises par le biais d'instrumentalisation des sociétés holdings avec effet de levier juridique, financier et fiscal, avec aussi essentiellement financement par le moyen des bénéfices distribués par la cible des emprunts contractés dans ce but par les holdings dans le but de prise du contrôle. Les deux droits sous comparaison acceptent dans leur principe comme licites les LBO, le droit grec permettant en plus sous conditions l'octroi de concours par la cible à la holding pour l'acquisition de ses propres actions, possibilité qui n'existe pas en droit français, et la fiscalité leur est favorable dans les deux pays ; mais les dividendes distribués doivent être réels et les fusions entre cible et holding par laquelle l'opération trouve son dénouement peuvent être constitutives d'abus de droit si elles s'opèrent à des termes trop désavantageux pour la cible ; les deux droits disposent d'ailleurs des mécanismes de droit fiscal pouvant –du moins en théorie– mettre en cause des fusions dites rapides dans le cadre des LBO.

Si le groupe de sociétés est une instrumentalisation des sociétés formant une pluralité d'entités juridiques sous un pouvoir unique, l'entreprise comme entité économique existant au niveau du groupe dans son ensemble, non à celui de chaque société du groupe, dans la pratique française et grecque on rencontre aujourd'hui très souvent l'instrumentalisation des sociétés dans le cadre de montages les utilisant en dehors de toute relation avec leur destination typique légale de constituer des formes juridiques d'entreprises ou du moins d'entreprises normales. Le caractère atypique de ces utilisations ne signifie illicéité *ipso facto* et de tels montages sont en principe considérés comme licites aussi bien en droit français qu'en droit grec sur le fondement de l'autonomie privée ; se pose toutefois le problème des limites de cette licéité de principe. Il est d'ailleurs sûr que cette instrumentalisation met aussi souvent en crise les conceptions traditionnelles des sociétés comme contrats ou groupements de personnes. Le premier cas de cette instrumentalisation est celle des sociétés soit mises en sommeil au lieu d'être dissoutes et

liquidées pour des raisons principalement fiscales, soit même constituées en masse et destinées à rester en sommeil jusqu'à leur vente éventuelle postérieure. Les deux droits sous comparaison tolèrent largement les sociétés en sommeil qui ne sont pas considérées anormales ou présumées frauduleuses. Plus intéressante est l'utilisation des sociétés à des buts patrimoniaux, avec la véritable explosion en France de la mise en forme sociétaire d'immeubles, avec utilisation surtout dans ce but de la société civile, notamment dans une finalité de segmentation des risques, d'affranchissement des problèmes de l'indivision successorale mais aussi d'« optimisation fiscale ». Ces montages sont en principe réputés licites en France, mais si les particuliers ne sont pas attentifs il y a dans le cadre d'une procédure collective le risque d'extension de cette dernière à la société immobilière sur le fondement de fictivité ou de confusion de patrimoines, tandis qu'en droit fiscal il y a pour les contribuables négligents ou trop hardis le risque de la qualification de l'opération en abus de droit fiscal sous ses formes de simulation (fictivité) ou de fraude à la loi fiscale (opération artificielle avec un motif exclusivement fiscal). En Grèce, pour plusieurs raisons il n'y a pas tellement recours à des formes sociétaires du droit grec pour la mise par les particuliers d'immeubles sous forme de société, les milieux aisés préférant les sociétés off-shore pour une telle utilisation. Bien que les sociétés off-shore immobilières soient étroitement liées à des tentatives d'évasion fiscale et de contournement des obligations de transparence, elles sont reconnues en Grèce et ne sont pas considérées comme ipso facto constitutives d'abus de personnalité morale, une reconnaissance de lege ferenda contestable. En France des sociétés holdings sont aussi utilisées combinées avec des démembrements de propriété (usufruit) des droits sociaux dans le cadre de montages de transmission patrimoniale au sein de la même famille et de dévolution du pouvoir dans l'entreprise à un héritier choisi avec prise en compte des autres héritiers qui vont être exclus du pouvoir, des montages réputés en principe licites ; pour le moment en Grèce il y a utilisation de l'usufruit dans le but de transmission patrimoniale d'une entreprise au sein de la même famille, mais la combinaison du démembrement de propriété avec une holding n'est pas pratiquée. Les sociétés sont aussi instrumentalisées dans le cadre de montages d'ingénierie financière (titrisation, défaisance), le premier de ces procédés étant aujourd'hui largement reconnu par les deux droits sous comparaison, le second étant pratiqué et reconnu en France et pour le moment inconnu, semble-t-il, en Grèce, sauf peut-être dans le domaine bancaire, pouvant toutefois y être importé.

Au-delà de l'instrumentalisation des sociétés à des fins atypiques avec les problèmes des limites de licéité de ces procédés, il y a bien sûr leur instrumentalisation à des fins étrangères à leur destination légale de constituer les formes juridiques d'entreprises ou du



moins d'entreprises normales et en plus sans aucun doute illicites, une réalité très répandue de nos jours. La première catégorie de telles sociétés est celle des sociétés instrumentalisées à un but frauduleux – fraude à l'impératif légal (du droit des sociétés, du droit du travail, du droit fiscal, de dispositifs d'ordre public économique, du droit des successions) mais aussi souvent aux statuts ou à des obligations conventionnelles. Il est d'ailleurs sûr que les limites entre les sociétés ayant des buts atypiques avec celles avec une finalité frauduleuse sont souvent incertaines. Le droit français fait face à de telles constructions surtout avec ses notions de la société fictive (dans les cas de simulation frauduleuse) et de société frauduleuse, en prononçant la nullité de telles sociétés et, le cas échéant, en établissant la réalité derrière la façade que les parties ont mise en place ; le mécanisme du droit commun de la fraude paulienne mais aussi ceux du droit fiscal de l'abus de droit – simulation et d'abus de droit – fraude à la loi sont aussi utilisés pour déjouer les fraudes. En droit grec, la jurisprudence recourt pour réprimer la fraude effectuée par les sociétés de personnes à la simulation frauduleuse, avec comme conséquence la prononciation de la nullité de ces sociétés et l'établissement de la réalité derrière la façade, tandis que pour les sociétés de capitaux, à défaut de possibilité de recours aux mécanismes de simulation et de fraude qui sont en droit grec exclus comme cause de nullité de ces sociétés, la fraude est réprimée par le recours à la notion d'abus de personnalité morale, avec comme résultat une levée ad hoc de la personnalité morale frauduleuse. Des dispositions spéciales de droit fiscal, mais aussi plusieurs dispositions de droit pénal, jouent dans les deux droits sous comparaison un rôle important dans la répression de la fraude par le biais de l'instrumentalisation de sociétés. L'autre grande sous-catégorie de sociétés ayant un but sans aucun doute illicite est celle de sociétés instrumentalisées à des buts criminels, surtout le blanchiment de capitaux de provenance criminelle mais aussi souvent la réalisation elle-même de l'activité criminelle principale. Les deux droits sous comparaison disposent aujourd'hui de dispositifs anti-blanchiment applicables aussi aux sociétés impliquées à ces procédures. L'essentiel dans la répression de ces activités est d'atteindre les personnes physiques derrière les sociétés en cause et leur appliquer la sanction pénale. Il est toutefois à noter qu'en droit français les sociétés servant des activités criminelles sont nulles pour objet réel illicite et le droit pénal français prévoit l'application de sanctions pénales à l'égard de personnes morales utilisées comme véhicules d'activités criminelles, sanctions pouvant aller jusqu'à leur dissolution ; par contre, la conception dominante grecque exclut sur le fondement d'une interprétation stricte du droit communautaire et à la différence du droit français la nullité des sociétés de capitaux pour objet réel illicite et le droit pénal grec ne reconnaît pas une responsabilité pénale des personnes morales – mais des

sanctions administratives allant jusqu'à la prohibition à la société outil d'activités criminelles de l'exercice d'une activité donnée d'entreprise sont prévues en droit grec. L'instrumentalisation massive des sociétés off-shore dans des buts criminels a amené à l'expression en France de la proposition de lege ferenda de refus de reconnaissance de telles entités, à cause de l'expression par elles d'une conception radicalement différente sur les sociétés par rapport à celle française et plus généralement continentale.

## CONCLUSION DE LA PARTIE II

Les dernières décennies ont vu aussi bien en France qu'en Grèce un renouveau de l'autonomie privée en droit de sociétés exprimé surtout par le développement de différents montages, autrement dit des constructions d'origine privée aboutissant à des effets pour le moins atypiques en matière de sociétés. Le développement des montages n'a pas laissé intacts les frontières mêmes entre ordre public et autonomie privée en matière de sociétés, car le législateur aussi bien français que grec a tenu compte de la nouvelle réalité en résultant, mais d'autre part tous les montages ne vont pas dans le bon sens et l'on voit de nos jours trop souvent les sociétés être instrumentalisées à des buts illicites ou pour le moins douteux. D'ailleurs, les différents montages ont élargi la compréhension de la relation entre autonomie privée et sociétés, comme ces dernières ne sont pas vues désormais seulement comme expressions de la liberté des particuliers de conclure des contrats de coopération économique plus ou moins permanents et de former des groupements de personnes, mais aussi comme de simples instruments des particuliers dans la poursuite de leurs buts économiques. D'où les questions d'une part de préciser mieux ces nouvelles frontières entre autonomie privée et ordre public en droit de sociétés mais aussi de repenser les mécanismes de répression de l'instrumentalisation des sociétés à des fins illicites.

La réaffirmation de l'autonomie privée en matière de sociétés par le biais de montages a concerné d'abord la société prise comme expression juridique d'une entreprise-entité juridico-économique autonome, comme c'est sa destination typique légale aussi bien en droit français qu'en droit grec. Parmi les évolutions les plus importantes en la matière on doit mentionner la reconnaissance aussi bien en droit français qu'en droit grec sous la pression de la réalité de différents montages de formes sociales unipersonnelles, la reconnaissance en droit grec d'une exception de taille au système traditionnel du siège réel pour ce qui concerne la constitution de catégories importantes de sociétés s'activant dans le domaine maritime, la reconnaissance de nouvelles formes sociales produites dans la pratique, comme la commandite à responsabilité limitée et la société en nom dont tous les associés sont des sociétés à risques limités, l'élargissement de la liberté - toujours sous la pression de la réalité des montages- pour ce qui concerne les clauses statutaires possibles dans les sociétés par actions, la pratique grecque ayant construit par le biais de telles clauses de sociétés synthèses de sociétés anonymes et de coopératives, et la libéralisation -à des degrés différents dans les deux pays et toujours sous la pression de la réalité de différents montages- des actions de préférence, la reconnaissance en droit français de la

licité de principe du montage du « coup d'accordéon » Pour ce qui concerne les montages utilisant des techniques du droit des contrats et des biens, on peut mentionner les progrès des modalités de financement de la société par les associés alternatifs aux apports et l'acculturation du contrat de gestion d'une société par une autre. Surtout, on doit mentionner la reconnaissance par la jurisprudence et la doctrine de la licéité de principe des pactes extrastatutaires, par le biais desquels on peut exercer une influence indirecte mais essentielle sur l'organisation de la société et produire des situations juridiques atypiques dans les relations entre associés. On peut aussi citer la tolérance traditionnelle par les deux droits aux conventions de croupier, la reconnaissance par le législateur français du montage de location d'actions, le recul du contrôle effectué par la jurisprudence française avec comme critère la prohibition des clauses léonines sur les pactes avec effets patrimoniaux (portage, cessions de droits sociaux échelonnés à un prix fixé par avant). On peut aussi se référer à la multiplication –notamment en France- des montages utilisant le démembrement de propriété et surtout l'usufruit pour organiser le transfert du pouvoir au sein de la même famille, en combinaison avec l'utilisation de sociétés holdings. Plus importantes pourtant ont été peut-être les évolutions pour ce qui concerne l'instrumentalisation des sociétés à des buts autre que celui typique légal, à savoir de former des expressions juridiques d'entreprises conçues comme entités juridico-économiques autonomes. Une tendance importante existe ainsi aussi bien en France qu'en Grèce de reconnaître que le « montage structurel » du groupe de sociétés, dans lequel l'entreprise et le pouvoir existent au niveau du groupe malgré la pluralité de formes juridiques et chaque société se trouve instrumentalisée comme pièce de cette ensemble, a un intérêt propre, qui peut dans certaines limites prendre le pas sur l'intérêt de chaque société membre du groupe. Sont aussi reconnus en principe des groupes visant exclusivement à la segmentation des risques (p. ex. de groupes de plusieurs sociétés à navire unique ou les groupes utilisant la combinaison entre une société d'exploitation et une société immobilière), comme d'ailleurs des groupes ad hoc, visant à une prise de contrôle d'une société par le recours à de multiples effets de leviers (les LBO). Le droit fiscal aussi bien en France qu'en Grèce est d'ailleurs favorable aux restructurations nécessaires pour la vie des groupes. Licite dans son principe ou du moins tolérable a été aussi reconnue l'instrumentalisation des sociétés à des fins de gestion ou d' « optimisation » patrimoniale, en France surtout par le moyen des sociétés civiles immobilières, en Grèce par le recours plus douteux à des sociétés constituées à des paradis juridiques comme off-shore. D'autre part, l'instrumentalisation des sociétés se met trop souvent de nos jours au service de finalités illicites (toutes sortes de fraudes, la distinction entre « optimisation » et fraude n'étant pas d'ailleurs toujours certaine)

mais aussi même criminelles, notamment dans le cadre des opérations de blanchiment de capitaux, le développement de l'autonomie privée en matière de l'utilisation des sociétés ayant de la sorte aussi un aspect pervers.

Ces progrès de l'autonomie privée en matière de sociétés par le biais de différents montages ne signifient pas bien sûr que l'ordre public ne pose pas de limites aussi bien en France qu'en Grèce aux différents montages. Les sociétés utilisées dans le cadre des montages ne doivent ainsi en aucun cas avoir un objet réel illicite ou une cause frauduleuse ; il est pourtant vrai qu'en droit grec la cause frauduleuse et l'objet réel illicite ne sont pas des causes de nullité d'une société de capitaux, selon une conception stricte des causes de nullité de ces sociétés reconnues par le droit communautaire. En droit français, l'utilisation des sociétés comme formes juridiques d'entreprises individuelles et leur instrumentalisation dans le cadre des groupes de sociétés et plus généralement de montages de segmentation de risques trouve des limites par le moyen des notions de fictivité et de confusion de patrimoines, tandis qu'en droit grec ces limites sont fixées par la notion d'abus de personnalité morale pouvant aboutir pour les sociétés de capitaux non pas à la nullité mais à la levée de cette dernière ; la notion de fictivité a ses racines dans la conception traditionnelle de la société comme contrat, mais elle n'est pas exempte d'incertitudes pour ce qui concerne sa relation actuelle avec cette conception, tandis que les notions de confusion de patrimoines et d'abus de personnalité morale expriment le défaut d'autonomie organisationnelle et patrimoniale de la société. Le droit fiscal français pose aussi des limites à une telle instrumentalisation par le biais de sa notion d'abus de droit fiscal sous ses deux aspects de simulation et de fraude à la loi et les deux droits prévoient aujourd'hui des dispositifs visant à combattre l'évasion fiscale par le recours à des transactions avec des pays à fiscalité privilégiée, notamment dans le cadre des groupes de sociétés. Mais l'effectivité des mécanismes des deux droits sous comparaison pour ce qui concerne la répression de l'instrumentalisation des sociétés à des fins illicites est souvent mise en cause et les frontières entre « optimisation » et fraude sont parfois incertaines et de lege ferenda souvent discutables. Les différents montages sociétaires doivent aussi respecter l'ordre public « textuel » du droit des sociétés mais aussi les principes d'ordre public « virtuel » de ce droit. Ainsi, pour ce qui concerne les montages utilisant des clauses statutaires, il est évident que de telles constructions trouvent des limites à cet ordre public notamment dans les sociétés anonymes, avec leur ordre public développé, notamment pour ce qui concerne la structure du pouvoir, la protection du capital social, la protection des minoritaires et des droits individuels des actionnaires, des incertitudes importantes existant souvent aussi bien en droit français qu'en droit grec pour certaines clauses statutaires visant à la construction

de situations sur mesure. L'ordre public sociétaire pose aussi toujours des limites pour ce qui concerne les contrats entre la société anonyme et ses actionnaires importants et dirigeants aussi bien en droit français qu'en droit grec, avec un rôle important pour les dispositions impératives sur les conventions prohibées ou réglementées et pour celles concernant la protection du capital social. Il est pourtant vrai qu'un arrêt d'Areios Pagos (Cour de cassation grecque), critiqué par la majorité de la doctrine, a reconnu comme licite un montage de « scission informelle » d'une AE (SA grecque) de sortie d'un groupe d'actionnaires par la distribution directement à eux d'une partie de l'actif social contre prise en charge par eux d'une partie des dettes sociales. L'ordre public sociétaire des deux pays pose d'ailleurs d'importants problèmes d'intégration dans la structure des sociétés du contrat de gestion ou de management. Une question très importante mais difficile aussi bien en droit français qu'en droit grec est celle de l'impact de l'ordre public sociétaire sur les pactes extrastatutaires. Selon la conception française, les pactes en cause ne doivent pas entrer en conflit avec la loi impérative des sociétés directement ou par la voie de la fraude ; pourtant, comme nous avons vu ci-dessus, le contrôle des pactes extrasociétaires sous l'angle de la prohibition des clauses léonines est en recul. En droit grec, l'opinion dominante accepte que les pactes en cause ne doivent pas entrer en conflit avec l'ordre public sociétaire « textuel », mais en même temps est soutenue dans la doctrine l'existence d'un principe de séparation entre le sociétaire et l'extrasociétaire, avec comme résultat des limites dans le contrôle de la licéité des pactes extrastatutaires par l'ordre public sociétaire ; il est pourtant clair que cette séparation ne peut pas être absolue, et les pactes extrastatutaires ne doivent pas pour le moins altérer le mécanisme de l'AE. La différence la plus importante entre les deux droits sous comparaison existe en matière des pactes extrastatutaires restreignant la libre révocabilité des administrateurs, ces conventions étant vues avec hostilité par le droit français, tandis que la doctrine dominante et la jurisprudence grecques les tolèrent largement. La doctrine aussi bien française que grecque réputent d'autre part prohibées comme contraires à l'ordre public sociétaire les conventions de vote aboutissant à une aliénation de fait du droit de vote. Mais un arrêt controversé d'Areios Pagos, vivement critiqué par la doctrine, a accepté comme licite la renonciation par un pacte extrastatutaire et pour une contrepartie d'une somme forfaitaire de certains actionnaires à leur droit aux bénéfices et surtout à leur droit de vote. Particularité importante du droit grec, les différents pactes extrastatutaires doivent ne pas entrer en conflit avec la prohibition de droit commun et d'importance capitale de l'ordre public économique grec des actes juridiques contraires aux bonnes mœurs, surtout par la création d'engagements excessifs pour la personne de l'une des parties mais aussi par la création de déséquilibres

moralement intolérables dans leur prestation respectives. Une autre limite importante est posée pour les différents montages par la notion d'intérêt social, notion prise en compte aussi bien en droit français qu'en droit grec dans le contrôle des actes des organes sociaux sous l'angle d'un éventuel abus de droit et par conséquent dans le contrôle de licéité des différents montages effectués par le biais de tels actes ; il est pourtant vrai que la doctrine grecque regarde la protection des minoritaires dans des sociétés membres d'un groupe de sociétés comme passant surtout par l'indemnisation de la société pour des atteintes à son intérêt par la direction du groupe, cette indemnisation offrant une protection indirecte aux minoritaires. Mais l'intérêt social est aussi reconnu comme un critère de licéité des pactes extrastatutaires, bien que ce point de vue soit contesté par un courant d'auteurs en Grèce sur le fondement du principe de séparation des sphères sociétaire et extrasociétaire. Une question importante et débattue aussi bien en droit français qu'en droit grec est celle de l'impact de la violation par des actes des organes sociaux de pactes extrastatutaires valables –notamment de celles conclues entre l'ensemble des actionnaires-, notamment du point de vue de l'abus de droit ; la solution actuelle des deux droits semble être que la violation de tels pactes est prise en compte pour l'établissement d'un tel abus, sans pouvoir suffire seule pour l'établir. En dehors de l'ordre public sociétaire classique, aujourd'hui aussi bien en droit français qu'en droit grec les différents montages sociétaires trouvent des limites aux ordres publics des droits des marchés financiers et de la concurrence. Ainsi, aussi bien le droit français que le droit grec prohibent les clauses statutaires restreignant la libre négociabilité des actions dans les sociétés cotées, prennent les pactes extrastatutaires en compte pour l'établissement de l'action de concert et donnent aux statuts de ces sociétés la possibilité de neutraliser durant une offre publique les effets de pactes entre actionnaires, tandis que le droit français impose en plus une obligation de publicité des pactes prévoyant des restrictions à la libre négociabilité des actions comme condition de leur effectivité en cas d'offre publique et donne au principe du libre jeu de la concurrence un rôle important comme limite à cette effectivité. La prohibition de principe des ententes et le contrôle des concentrations par le droit de la concurrence aussi bien français que grec peuvent jouer un rôle important comme limites aux pactes extrastatutaires mais aussi à la cristallisation de la coopération entre groupes par le biais de filiales communes, et plus généralement le contrôle des concentrations a une relation importante avec et une influence sur la constitution et le développement du « montage structurel » du groupe de sociétés.

## CONCLUSION GENERALE

Poser la question des montages en droit des sociétés dans leur relation avec l'ordre public c'est essentiellement poser la question des limites de l'ordre public et de l'autonomie privée en droit des sociétés. Dans leur hétérogénéité, les montages expriment les points de friction et de contestation entre ordre public et autonomie privée en droit des sociétés et font souvent changer la ligne frontalière entre ces deux domaines. En guise de conclusion de notre étude, ce serait utile de rappeler les idées forces qui l'ont guidée et proposer quelques pistes de réflexion pour l'avenir en ce qui concerne la relation entre ordre public économique sociétaire et montages.

Aussi bien en droit français qu'en droit grec, les différentes formes de sociétés sont des structures juridiques offertes aux particuliers pour la poursuite de leurs finalités, surtout (exclusivement en France) économiques, et en ce sens les sociétés sont en relation étroite avec l'autonomie privée, comme les particuliers choisissent s'ils vont avoir recours à la forme sociétaire en général et quelle forme sociétaire particulière ils vont utiliser, dans le cadre de la poursuite des finalités qu'ils se proposent dans chaque cas, une poursuite que les différentes formes de sociétés permettent. Selon cette perspective, l'effort des particuliers de construire par le biais des différents montages des situations juridiques sur mesure, adaptées à leur besoins spécifiques, au sein ou autour des sociétés, peut paraître d'abord comme légitime. Néanmoins, les sociétés, du moins dans leurs formes les plus développées, ne sont pas et ne peuvent pas n'être que des expressions de l'autonomie privée et de la liberté contractuelle, ni être vues seulement comme relations entre associés. Elles sont aussi destinées à être des formes juridiques d'entreprises, d'organisations juridicoéconomiques qui, tout en étant aujourd'hui typiquement capitalistes, ont une valeur propre comme organisations et concernent une pluralité d'intérêts, y compris souvent l'intérêt général, comme aussi elles sont destinées à être des structures d'organisation du pouvoir et de la gouvernance privés économiques. C'est pourquoi l'ordre public maintiendra toujours un rôle dans les sociétés les plus importantes et posera des limites à l'autonomie privée et aux montages en la matière. La protection du capital social ou en tout cas de la subordination de la « créance » des associés sur la société aux droits des créanciers, la protection plus généralement de l'entreprise comme organisation socioéconomique avec une valeur propre, la lisibilité de la structure du pouvoir, notamment pour ce qui concerne le pouvoir d'engager la société, un certain souci pour des standards de bonne gouvernance et



de transparence, la préservation de certains liens nécessaires entre risque, responsabilité et pouvoir, les garanties contre un exercice du pouvoir dans le seul intérêt de celui qui le possède, la protection des minoritaires et des droits individuels des associés, la protection de l'autre grande partie constituante de l'entreprise que sont les salariés sont des sujets qui ne peuvent pas être laissés absolument à la liberté contractuelle et l'autonomie privée. Le caractère institutionnel des sociétés est d'ailleurs évident dans les interventions de l'ordre public économique des marchés financiers et de la concurrence dans les sociétés les plus importantes. La conception des montages comme optimisation sous contrainte proposée dans la doctrine française trouve ainsi ses limites dans la compréhension des sociétés comme structures juridiques d'organisations socioéconomiques –les entreprises- avec une valeur propre et comme structures de gouvernance économique impliquant plusieurs intérêts autres que ceux de seules associés, y compris souvent l'intérêt général, les « contraintes » posées par les exigences de cette gouvernance ne pouvant pas faire l'objet d' « optimisations » à volonté. Ordre public et montages, autrement dit l'intervention de la collectivité dans les structures du pouvoir privé économique et les efforts des particuliers de construire des situations sur mesure, adaptées à leurs besoins particuliers, demeureront de la sorte dans une relation de tension qui, une fois les exigences de l'ordre public préservées, peut être créative, un espace non négligeable existant pour le développement de différents montages et de leur rôle comme facteur d'évolution dans la vie des affaires même dans les sociétés à risques limités. L'autre grand phénomène de nos jours concernant les sociétés est leur instrumentalisation dans le cadre de différents montages en dehors de leur destination typique légale de former des structures juridiques d'entreprises entités juridico-économiques autonomes. Bien sûr, finalité typique ne signifie pas finalité exclusive et l'on pourrait invoquer de nouveau l'autonomie privée pour fonder la liberté des particuliers d'utiliser les sociétés selon des finalités spécifiques ; en plus, dans plusieurs cas l'instrumentalisation des sociétés exprime une véritable évolution de la vie des affaires, tout en mettant en crise les conceptions traditionnelles sur la société comme nécessairement contrat ou groupement de personnes. Il est d'autre part vrai que l'instrumentalisation en cause se fait trop souvent pour servir des finalités illicites, surtout frauduleuses, mais aussi souvent criminelles, tandis que les limites entre instrumentalisation avec comme but la segmentation des risques ou l'optimisation patrimoniale et instrumentalisation frauduleuse ne sont pas certaines et de lege ferenda elles sont ouvertes au débat. L'instrumentalisation des sociétés dans le cadre des différents montages va ainsi souvent dans le mauvais sens, les hymnes à l'autonomie privée en la matière ne sont pas toujours justifiés et des champs

de réflexion s'ouvrent sur le rôle possible de l'ordre public économique et l'amélioration de son intervention pour ce qui concerne l'instrumentalisation douteuse des sociétés.

Les sociétés, surtout les plus importantes, vues comme expressions juridiques des entreprises, subissent évidemment l'influence du débat plus général sur les finalités de l'entreprise, les relations de pouvoir à son intérieur et son intégration dans l'ensemble sociale, un débat qui a finalement à faire avec des choix possibles de Société, et nous ne croyons pas que nous sommes arrivés à une sorte de fin de l'histoire en la matière ; ce débat est particulièrement important pour ce qui concerne le point de vue que l'on adopte sur la relation entre montages, entreprise et ordre public sociétair, il déborde pourtant – en dehors des réflexions que nous avons présentées ci-dessus sur la société comme structure juridique de l'entreprise et de gouvernance économique et les conséquences en résultant pour la relation entre ordre public et montages – largement l'objet de notre étude. On pourrait proposer pourtant quelques pistes de réflexion et d'évolution possible pour ce qui concerne cette relation entre ordre public et montages. La première de ces pistes concerne les montages sociétares effectués par le biais de recours à des clauses statutaires ou décisions des organes sociaux visant dans le silence de la loi à la construction de situations atypiques ou par le biais des techniques du droit des contrats et des biens. Préciser dans quelle mesure ces montages sont licites par rapport à l'ordre public sociétair nécessite une réflexion plus approfondie sur ce qui est essentiel dans cet ordre public, sur les finalités que ce dernier sert, des finalités qui ne pourraient être violées ni par le biais d'actes sociétares ni par le biais de pactes extrastatutaires. Dans ce but, des théories comme celle proposée en France des « connexions radicales » en droit des sociétés ou celle de provenance allemande des « types » peuvent maintenir une utilité importante, dans un effort de déterminer mieux les finalités de l'ordre public sociétair et le champ de son intervention que la poursuite de ces finalités impose. Une autre piste de réflexion concerne la relation de l'ordre public sociétair et d'un ordre public plus général dans le contrôle des différents montages sociétares ; ainsi, les prohibitions de l'abus de droit et des actes juridiques contraires aux bonnes moeurs au sens du droit grec maintiennent un rôle important dans la détermination de ce qui est licite en matière des montages sociétares ; de la sorte, les finalités et évaluations fondamentales du système juridique en général viennent compléter le contrôle des montages effectués par l'ordre public sociétair au sens strict, comme impose d'ailleurs le rôle central des sociétés comme structures principales de pouvoir et de gouvernance privés économiques. Mais le caractère général de ces clauses et le besoin de leur concrétisation en matière de sociétés les feront demeurer dans l'avenir des sujets de réflexion pour la doctrine. La troisième piste de réflexion concerne l'instrumentalisation des

sociétés à des buts autres que de constituer des formes juridiques d'entreprises –entités économiquement autonomes. Se pose ainsi la question d'une réflexion sur l'amélioration des techniques de répression des montages sociétaires frauduleux ou même servant des activités criminelles. Se pose aussi la question d'un examen des frontières entre optimisation patrimoniale, segmentation des risques et fraude ; il est ainsi certain aujourd'hui que plusieurs de ces montages aboutissent à une rupture d'égalité entre particuliers notamment devant l'impôt ou à une segmentation des risques artificielle pouvant devenir dans certains cas (p. ex. filiale insolvable ayant provoqué un désastre écologique) socialement intolérable. Mériterait ainsi la peine une réflexion sur un possible durcissement d'attitude à l'égard de certains montages d' «optimisation fiscale» et sur les mécanismes qui pourrait aboutir à cet effet, comme d'ailleurs mériterait de faire l'objet d'une réflexion approfondie la proposition d'imposer une présomption de responsabilité du groupe de sociétés pour le cas d'insolvabilité d'une des sociétés membres sauf force majeure notamment sur le fondement de la direction unique au niveau du groupe. L'utilisation massive des sociétés off-shore dans le cadre de montages douteux, illicites ou même criminels aboutit en plus au besoin de prendre au sérieux la proposition de réexaminer même la reconnaissance de telles sociétés dans les pays de droit continental (bien qu'on puisse attendre avec certitude des réactions vives à cette proposition en Grèce, où la majorité de la flotte commerciale est exactement logée juridiquement à des sociétés off-shore ayant leur siège réel au Pirée).

## BIBLIOGRAPHIE

### I/ Ouvrages

#### A/Traités, manuels, commentaires, ouvrages introductifs

##### 1/ En français

- E. Alfandari « Droit des affaires », Litec 1993
- Chr. Atias « Droit civil. Les biens », Litec 2003, 7<sup>e</sup> édition
- J.-L. Aubert « Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil », Sirey 2006, 11<sup>e</sup> édition
- J.- P. Bertrel- M. Jeantin « Droit de l'ingénierie financière », Litec 1990
- P. Bonnasies- Chr. Scarpel « Droit maritime », LGDJ 2010, 2<sup>e</sup> édition
- Th. Bonneau « Droit bancaire », Montchrestien 2007, 7<sup>e</sup> édition
- Th. Bonneau- F. Drummond « Droit des marchés financiers », Economica 2005, 5<sup>e</sup> édition
- R. Cabrillac- M.-A. Frison-Roche –Th. Revet (dir.) « Libertés et droits fondamentaux », Dalloz 2009, 15<sup>e</sup> édition
- J. Carbonnier « Droit civil », 5 tomes, PUF :
- « Introduction », 2002, 27<sup>e</sup> édition
  - T. 1 : « Les personnes. Personnalité, incapacités, personnes morales », 2000
  - T. 3 « Les biens », 1998, 18<sup>e</sup> édition
  - T. 4 « Les obligations », 2000, 22<sup>e</sup> édition
- Cl. Champaud « Droit des affaires », PUF 1986, collection « Que sais-je », 2<sup>e</sup> édition
- F. Collart-Dutilleuil - Ph. Delebecque « Contrats spéciaux », Précis Dalloz 2002, 6<sup>e</sup> édition
- J. Larguier -Ph. Conte « Droit pénal des affaires », A. Collin 2004, 11<sup>e</sup> édition
- G. Cornu (dir.) « Vocabulaire juridique (Association H. Capitant) », PUF 2001
- A. Couret –H. Le Nabasque et alii « Droit financier », Précis Dalloz 2008

M. Cozian « Précis de fiscalité des entreprises », Litec-Lexis-Nexis 2010, 33e édition (par Fl. Deboissy)

M. Cozian- A. Viandier- Fl. Deboissy « Droit des sociétés », Litec-Lexis-Nexis 2010, 23<sup>e</sup> édition

R. David – C. Jauffret- Spinosi « Les grands systèmes de droit contemporains », Précis Dalloz 2002, 11<sup>e</sup> édition

A. Decocq- G. Decocq « Droit européen des affaires », LGDJ 2010, 2e édition

F. Dekeuwer-Defossez (avec E. Barry-Clement) « Droit commercial », Montchrestien 2001, 7<sup>e</sup> édition

M. Delmas- Marty - G. Giudicelli-Delage « Droit pénal des affaires», PUF 2000, 4<sup>e</sup> édition

P. Delvolvé « Droit public de l'économie », Précis Dalloz 1998

P. Didier « Droit commercial », 4 tomes, PUF 1999, 3e édition  
T. 1 : « Introduction. L'entreprise. L'entreprise individuelle”  
(nouvelle édition 2005, Economica, avec Ph. Didier)  
T. 2 « L'entreprise en société – Le groupe de sociétés » (nouvelle édition Economica 2011, « Les sociétés commerciales », avec Ph. Didier)  
T. 3 « La monnaie. Les valeurs mobilières. Les effets de commerce »  
T. 4 « L'entreprise en difficulté »

G. Farjat « Droit économique », PUF 1982, 2<sup>e</sup> édition

F. Ferrand « Droit privé allemand », Précis Dalloz 1997

J. Flour - J-L Aubert « Droit civil. Les obligations », A. Colin 2002, 10<sup>e</sup> édition (par J.-L. Aubert- E. Savaux)  
T. 1 : « Les actes juridiques »  
T. 2 : « Le fait juridique »  
T. 3 : « Le rapport d'obligation »

M.-A. Frison-Roche – M.-S. Payet « Droit de la concurrence », Précis Dalloz 2006

M. Fromont « Droit des affaires allemand », Monchrestien 2001

Chr. Gavalda- G. Parléani « Droits des affaires de l'Union européenne», Litec-Lexis-Nexis 2010, 6<sup>e</sup> édition (par G. Parléani)

J. Ghestin –G. Goubeaux-M. Fabre-Magnan « Traité de droit civil. Introduction au droit civil », LGDJ 1994, 4<sup>e</sup> édition

J. Ghestin «Traité de droit civil – La formation du contrat», LGDJ 1998, 4<sup>e</sup> édition

- J. Ghestin- M. Billiau-Chr. Jamin «Traité de droit civil. Les effets du contrat », LGDJ 2001, 3e édition
- Y. Guyon « Droit des affaires », 2 tomes, Economica 2003, 9<sup>e</sup> édition  
 T. 1 : « Droit commercial général et sociétés »  
 T. 2 : « Entreprises en difficulté –Redressement judiciaire-  
 Faillite »
- J. Hilaire « Introduction historique au droit commercial », PUF 1986
- M. Jeantin- P. Le Cannu «Droit commercial. Entreprises en difficulté », Précis Dalloz 2007, 7e édition (par P. Le Cannu)
- J-F. Geffroy-J.-P. Pradin « Traité du droit fiscal de l'entreprise », PUF 2003.
- P. Le Cannu- B. Dondero « Droit des sociétés », Monchrestien 2009, 3e édition
- Ph. Malaurie- L. Aynès « Droit civil », 9 tomes, éd. Cujas  
 T. 1 : « Introduction générale », 1994, 2e édition (par  
 Ph. Malaurie)  
 T. 2 : « Les personnes. Les incapacités », 1998, 5e  
 édition, (par Ph. Malaurie)  
 T. 4 : « Les biens. La publicité foncière », 1998, 4e  
 édition (par Ph. Théry)  
 T. 6 : Les obligations, 2001, 11<sup>e</sup> édition (par Ph.  
 Malaurie et L. Aynès)  
 Vol. 1 : « Responsabilité délictuelle »  
 V. 2 : « Contrats et quasi-contrats »  
 V. 3 : « Régime des obligations »  
 « Contrats spéciaux », 2001, 14<sup>e</sup> édition (par Ph.  
 Malaurie-L. Aynès- P.-Y. Gautier)  
 T. 9 : « Sûretés –Publicité foncière », 2000, 10e  
 édition (par L. Aynès)
- P. Mayer- V. Heuzé « Droit international privé », Montchrestien 2010, 10e édition
- H./ L./ J. Mazeaud « Leçons de droit civil. T. 1 – Introduction à l'étude du  
 droit », Monchrestien 1996, 11<sup>e</sup> édition (par Fr. Chabas- M. de Juglart)
- M. Menjucq « Droit international et européen des sociétés », Monchrestien  
 2011, 3e édition
- Ph. Merle « Droit commercial. Sociétés commerciales », Précis Dalloz 2013,  
 17<sup>e</sup> édition

- J. Pelissier- A. Suppiot- A. Jeammeaud « Droit du travail », Précis Dalloz 2008 ,  
23e édition
- E. Putman « Contentieux économique », PUF 1998
- Ph. Raimbourg- M. Boizard (dir.) « Ingénierie financière, juridique et fiscale »,  
Dalloz 2009
- G. Ripert- R. Roblot « Traité de droit commercial », 2 tomes, LGDJ (par. M.  
Germain- L. Vogel- Ph. Delebecque- V. Magnier)
- T. 1-Vol. 1 : « Commerçants. Tribunaux de commerce.  
Fonds de commerce. Propriété industrielle. Concurrence. », 2001, 18<sup>e</sup> édition (par L.  
Vogel)
- T. 1- Vol. 2 « Les sociétés commerciales », 2011, 20<sup>e</sup> édition  
(par M. Germain et V. Magnier)
- T. 2 : « Effets de commerce, banque, contrats  
commerciaux, procédures collectives », 2004, 17<sup>e</sup> édition (par M. Germain et Ph.  
Delebecque).
- J-Ph. Robé « L'entreprise et le droit », PUF 1999, collection « Que sais-  
je »
- R. Sramkiewitz « Histoire du droit des affaires », Montchrestien 1989
- J.G.Stiglitz-C.E.Walsh-J.D.Laffay « Principes d'économie moderne », De Boeck  
2007, 3e édition
- F. Terré - D. Fenouillet « Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités »,  
Précis Dalloz 2005, 7e édition
- F. Terré – Ph. Simler- Y. Lequette «Droit civil. Les obligations », Précis Dalloz 2002,  
8e édition
- F. Terré- Ph. Simler « Droit civil. Les biens », Précis Dalloz 2002, 6<sup>e</sup> édition
- H. de Vauplane - J. P. Bornet « Droit des marchés financiers », Litec 2001, 3e  
édition
- A. Vialard « Droit maritime », PUF 1997
- Cl. Witz « Droit privé allemand –T. 1 : Actes juridiques- droits subjectifs »  
Litec 1992

## **2/ En grec**

- E. Alexandridou « Droit des sociétés commerciales », éd. Sakkoula  
Fasc. 1 : « Sociétés de personnes », 2007, 2<sup>e</sup> édition

- Fasc. 2 : « Sociétés de capitaux », 2000, 2e édition  
Nouvelle édition en tome unique Nomiki Vivliothiki 2012
- A. Antapassis « Droit maritime privé. I », éd. Ant. N. Sakkoula 2009
- V. Antonopoulos « Droit des sociétés de personnes », éd. Sakkoula, 2012, 4<sup>e</sup> édition
- V. Antonopoulos « Droit des AE et EPE », éd. Sakkoula 2012, 4<sup>e</sup> édition
- V. Antonopoulos « Société privée de capitaux (IKE) – Interprétation par article de la loi 4072/2012 », éd. Sakkoula 2013, 3<sup>e</sup> édition
- L. Athanassiou-G. Sotiropoulos « Droit des sociétés », éd. Nomiki Vivliothiki 2013
- G. Balis « Principes généraux de droit civil », éd. Frères Sakkoula 1961, 8e édition
- N. Barbas « Imposition du revenu », éd. Sakkoula 2006, 2<sup>e</sup> édition
- K. Chrysogonos « Droits constitutionnels individuels et sociaux », Nomiki Vivliothiki 2006
- K. Finokaliotis « Droit fiscal », éd. Ant. N. Sakkoula 2011, 3<sup>e</sup> édition
- A. Gazis « Principes généraux de droit civil », Athènes 1970
- L. Georgakopoulos «Droit des sociétés », 4 tomes  
T. 1 : « Les sociétés de personnes », Athènes 1965  
T. 2 : « La société anonyme- A », Athènes 1972  
T. 3 : « La société anonyme –B », Athènes 1974  
T. 4 : « La société anonyme –C » Athènes 1991
- L. Georgakopoulos « Le droit des obligations à durée », Athènes 1979
- L. Georgakopoulos « Manuel de droit commercial », 2 tomes, éd. Frères Sakkoula  
T. 1 : « Les commerçants »  
Fasc. 1 : « Partie générale », 1995, 2<sup>e</sup> édition  
Fasc. 2 : « Sociétés et entreprises liées », 1996, 2<sup>e</sup> édition  
Fasc. 3 : « Faillite et assainissement », 1987  
T. 2, fasc. 1 : « Axiographa [Papiers-valeurs] »  
T. 2, fasc. 2, A : « Contrats sur marchandises », 1989  
T. 2, fasc. 2, B : « Contrats de services », 1991  
T. 2, fasc. 2 : « Contrats bancaires », 1995
- L. Georgakopoulos « Droit boursier et bancaire », éd. Dikaio kai Ikonomia-P.N. Sakkoulas 1999



- L. Georgakopoulos « Droit maritime », éd. Dikaio kai Ikonomia-P. N. Sakkoulas 2006
- Ap. Georgiadis « Principes généraux de droit civil », éd. A. N. Sakkoula 2002, 3<sup>e</sup> édition
- Ap. Georgiadis « Droit des obligations. Partie générale », éd. Dikaio kai Ikonomia- P. N. Sakkoulas 1999
- Ap. Georgiadis « Droit des obligations. Partie spéciale », 2 tomes, éd. Dikaio kai Ikonomia P. N. Sakkoulas 2004
- Ap. Georgiadis « Droit des biens [pragmata-choses] », éd. Sakkoula 2010, 2<sup>e</sup> édition
- Ap. Georgiadis « Les garanties du crédit », éd. Dikaio kai Ikonomia- P. N. Sakkoulas 2001
- Ap. Georgiadis- M. Stathopoulos « Astikos Kodix » (Code civil grec), commentaire par article, 10 tomes , éd. Sakkoula, 1978-1998
- Ast. Georgiadis. « Droit des obligations. Partie générale », 2 volumes, éd. Sakkoula 2003, 4<sup>e</sup> édition
- V. Kiantos « Droit privé du commerce international », éd. Sakkoula 2005, 4<sup>e</sup> édition
- A. Kiantou-Pambouki « Droit des papiers- valeurs », éd. Sakkoula 2013, 7<sup>e</sup> édition
- A. Kiantou-Pambouki « Droit maritime », 2 tomes, éd. Sakkoula 2005, 2007, 2<sup>e</sup> édition
- L. Kontos-Manalis « Fiscalité des entreprises », éd. Dikaio kai Ikonomia –P. N. Sakkoulas 2007
- L. Kotsiris « Droit de la concurrence (libre et déloyale) », éd. Sakkoula 2011, 6<sup>e</sup> édition
- L. Kotsiris « Droit des faillites », éd. Sakkoula 2011, 8<sup>e</sup> édition
- L. Kotsiris « Droit commercial européen », éd. Sakkoula 2012, 2<sup>e</sup> édition
- L. Kotsiris –R. Hadjinikolaou-Angelidou « Droit d'assainissement et de liquidation d'entreprises en difficultés », éd. Sakkoula 2006, 3<sup>e</sup> édition
- Th. Liakopoulos « Droit d'assainissement et de liquidation d'entreprises », éd. Sakkoula 1994
- I. Markou « Manuel de droit commercial, T. 3. Les sociétés commerciales. A- Partie générale », P. N. Sakkoulas 2007

- K. Pamboukis « Droit des sociétés. Partie générale », Thessalonique 1979, 2ème édition
- K. Pamboukis « Droit de la société anonyme », 2 fascicules, éd. A. N. Sakkoula, Thessalonique 1991, 4<sup>e</sup> édition
- K. Pamboukis – P. Papadrossou- Archaniotaki « Droit commercial. Introduction. Notions fondamentales », éd. Sakkoula 2001, 4<sup>e</sup> édition
- N. Papantoniou « Principes généraux de droit civil », éd. Frères Sakkoula 1983, 3<sup>e</sup> édition
- I. Passias « Droit de la société anonyme », Athènes 1955, 2 tomes
- E. Perakis « Partie générale du droit commercial », éd. Nomiki Vivliothiki 1999
- E. Perakis « IKE [Société privée de capitaux]- La nouvelle forme sociale », Nomiki Vivliothiki 2012
- E. Perakis (dir.) « Le droit de l'EPE [SARL grecque] », Nomiki Vivliothiki 1994
- E. Perakis (dir.) « Le droit de la société anonyme» (commentaire par article de la loi sur les sociétés anonymes), 11 tomes, Nomiki Vivliothiki 2000-2006 , 2e édition
- T. 1 : « Introduction et dispositions générales (art. 1-7) »
- T. 2A : « Dispositions générales (art. 7a-11a L2190/1920) »
- T. 2B : « Dispositions générales (art. 12-17a L2190/1920) »
- T. 3 : « Le conseil d'administration (art. 18-24 L2190/1920) »
- T. 4 : « L'assemblée générale (art. 25-35 c L2190/1920) »
- T. 5 : « Contrôleurs et droits des minoritaires (art. 36-40 L2190/1920) »
- T.6 : « Droit comptable (art. 41-46a, 90-109 L2190/1920) »
- T. 7 : « Dissolution et liquidation. Les sociétés anonymes étrangères. La surveillance étatique. Dispositions pénales (art. 47-65 L2190/1920) »
- T. 8 : « Les restructurations des sociétés. Transformation, fusion, scission, rachat (art. 66-89 L2190/1920) »
- T. 9 : « Standards comptables internationaux (art. 134-143 L2190/1920) »
- T. 10 : « Questions spéciales : Gouvernement d'entreprise. Obligations. Titrisation », 2005

- T. 11 : « Index général. Société européenne. Registre général du commerce »  
 3e édition 2012, en deux tomes  
 T. 1 : art. 1-35c L2190/1920  
 T. 2 : art. 36- 143 L2190/1920
- S. Psychomanis « Droit commercial. Partie générale », éd. Sakkoula 2007, 2<sup>e</sup> édition
- S. Psychomanis « Droit des faillites », éd. Sakkoula 2007, 3<sup>e</sup> édition
- S. Psychomanis «Droit bancaire. Droit des contrats bancaires », éd. Sakkoula 2001, 5<sup>e</sup> édition
- Sp. Psychomanis « Les banques et leur surveillance (droit du système bancaire) », éd. Sakkoula, 2006.
- N. Rokas « Sociétés commerciales », éd. Ant. N. Sakkoula 2008, 6<sup>e</sup> édition (nouvelle édition 2012 par Nomiki Vivliothiki)
- N. Rokas « Papiers-valeurs », éd. A. N. Sakkoula 1992
- N. Rokas (dir.) « Droit des sociétés de personnes », 2 tomes, Nomiki Vivliothiki 2001
- K. Simantiras « Principes généraux de droit civil », éd. Frères Sakkoula 1980, 3e édition
- I. Spyridakis « Manuel de droit civil », éd. A. N. Sakkoula 2004, 2<sup>e</sup> édition
- M. Stathopoulos « Droit général des obligations », éd. A. N. Sakkoula 1998, 3<sup>e</sup> édition
- A. Tachos « Droit administratif grec», éd. Sakkoula 2008, 9<sup>e</sup> édition
- L. Théocharopoulos « Droit fiscal. Partie spéciale » éd. Sakkoula 1999
- A. Toussis « Principes généraux de droit civil », éd. P. Sakkoula 1978, 2<sup>e</sup> édition
- G. Triantafyllakis « Introduction au droit des papiers-valeurs », éd. Nomiki Vivliothiki 2006
- S. Troianos – I. Velissaropoulou-Karakosta « Histoire du droit », Nomiki Vivliothiki 2010, 4<sup>e</sup> édition
- A. Tsirintanis « Eléments de droit commercial », éd. Nik.A. Sakkoula 1962, 4e édition
- S. Vrelis « Droit international privé », éd. A. N. Sakkoula 2002, 2<sup>e</sup> édition

## Monographies, thèses, essais, ouvrages spécialisés

### 1/ En français

- M. Aglietta - A. Réberieux « Dérives du capitalisme financier », Albin Michel 2004
- V. Allegaert « Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux », thèse Aix, PUAM 2005, préface F.-X. Lucas
- L. Arcelin « L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire », Litec 2003, préface M-D Hagelsteen
- P. Arthus - M. P. Virard « Le capitalisme est en train de s'auto-détruire », La Découverte, 2007
- F. Auckenthaler « Les transferts temporaires de titres », thèse Montpellier 1992
- H. Azarian « La société par actions simplifiée », Litec 2005
- D. Bachet « Les fondements de l'entreprise – Construire une alternative à la domination financière », Editions de l'Atelier 2007
- D. Bachet- G. Flocco- B. Kervelle- M. Sweeny « Sortir de l'entreprise capitaliste », Ed. Du Croquant 2007
- H. Bardet- A. Beetchen- A. Charvériat -B. Gouthière « Les holdings – Guide juridique et fiscal », Dossiers Pratiques F. Lefebvre, 2007, 4<sup>e</sup> édition
- L. Batch « Le capitalisme financier », éd. La Découverte 2004.
- B. Baudry « L'économie de la firme », éd. La Découverte, collection Repères 2003
- Ph. Bissara- R. Foy- A. de Vauplane « Droit et pratique de la gouvernance des sociétés cotées. Conseils et comités », Joly éditions – Ansa 2007
- G. Blanluet « La propriété économique en droit économique français », LGDJ 1999
- M. Boizard « La distinction entre droit des sociétés cotées et non cotées comme summa divisio du droit des sociétés », thèse Paris II
- Th. Bonneau - L. Faugérolas « Les offres publiques OPA, OPE, garanties des cours, OPR », préface J. F. Lepetit, éd. EFE 1999
- M. Boutelet- J-C Fritz (dir.) « L'ordre public écologique –Towards an ecological public order », Bruylant 2005
- H. Bouthinon-Dumas « Le droit des sociétés cotées et le marché boursier », LGDJ 2007, préface Ph. Didier

- H. Capitant « De la cause des obligations », Dalloz 1923
- J. Carbonnier « Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur », LGDJ 2001, 10e édition
- J.-J. Caussain « Le gouvernement d'entreprise. Le pouvoir rendu aux actionnaires », Litec 2005
- M. Chagny « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », Dalloz 2004, préface J. Ghestin
- Cl. Champaud « Le pouvoir de concentration de la société par actions », Sirey 1962 , préface Y. Loussouarn
- Cl. Champaud « Manifeste pour la doctrine de l'entreprise : Sortir de la crise du financialisme », Larcet 2011
- Cl. Champaud - D. Danet « Stratégies judiciaires des entreprises », Dalloz 2006
- Y. Chaput « L'objet social », thèse Clermont 1976
- A. Charvériat -A. Couret - B. Mercadal « Groupes de sociétés », Memento Pratique Francis Lefebvre, 2007
- L. Convert « L'impératif et le supplétif en droit des sociétés. Etude de droit comparé. Angleterre, Espagne, France » thèse, LGDJ 2003, préface B. Saintourens
- B. Corjat - O. Weinstein « Les nouvelles théories de l'entreprise », Références –Le Livre de Poche 1995
- A. Couret- H. Le Nabasque (dir.) « Quel avenir pour le capital social ? », Dalloz 2004
- N. Coutinet - D. Segot-Duvauroux « L'économie des fusions et acquisitions », éd. La Découverte, Coll. Repères, 2003
- M. Cozian « Les grands principes de la fiscalité des entreprises », Litec 1999, 4e édition
- V. Cuisinier « L'affectio societatis », thèse, Litec 2008, préface A. Martin-Serf
- Ch. Cutajar- Rivière « La société écran. Essai sur sa notion et son régime juridique », thèse, LGDJ 1998, préface P. Diener
- Ch. Cutajar (dir.) « Le blanchiment des profits illicites », PU de Strasbourg 2000
- Ch. Cutajar (dir.) « Garantir que le crime ne paie pas : Stratégie pour enrayer le développement des marchés criminels », PU Strasbourg 2011, préface J. Barrot
- Ch. Cutajar – J. Lasserre-Capedeville – M. Storck (dir.) « Ethique et finance », Lamy 2013
- M. Dagot « La simulation en droit privé », LGDJ 1967

- M. Dagot « Le pacte de préférence », Litec 1988
- J.- J. Daigre « Les offres publiques en bourse. Aspects juridiques », Banque éditeur 2001
- Fl. Deboissy « La simulation en droit fiscal », thèse, LGDJ 1997, préface M. Cozian
- C. Del Conte « Propriété économique, dépendance et responsabilité », thèse Nice, L'Harmattan 1997, préface F. Collart Dutilleul et G. J. Martin
- M. Despax « L'entreprise et le droit », thèse Toulouse, LGDJ 1957
- Y. Dezalay « Marchands de droit : La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit », Fayard 1992
- J -Ph. Dom « Les montages en droit des sociétés », thèse Bordeaux 1994, Joly éditions 1998, préface P. Le Cannu
- Fr. Drummond « La société dite holding », thèse Paris II 1993
- E. Dubocage - D. Rivaud-Danset « Le capital-risque », éd. La Découverte 2006
- N. Fadel-Raad « L'abus de la personnalité morale en droit privé », thèse, LGDJ 2001
- D. Fairgrave- H. Muir-Watt « Common Law et tradition civiliste », PUF 2006 (coll. Droit et Justice)
- G. Farjat « L'ordre public économique », thèse Dijon, LGDJ 1963, préface B. Goldman
- G. Farjat « Pour un droit économique », PUF, collection « Les voies du droit », 2004
- M.-A. Frison-Roche (dir.) « Les enjeux de la pénalisation de la vie économique », Dalloz 1997
- C. Foudjem « Blanchiment de capitaux et fraude fiscale », L'Harmattan 2011, préface Chr. Lopez
- GAFI (Groupe d'Action Financière), rapport « La lutte contre le blanchiment de capitaux », demandé par les chefs d'État lors du sommet de l'Arche, La documentation française, Paris 1990
- E. Gaillard « Le pouvoir en droit privé », Economica 1985, préf. G. Cornu
- Th. Godefroy- P. Lascoumes « Le capitalisme clandestin. L'illusoire régulation des places off-shore », éd. La Découverte, 2004

G. Goffaux-Callebaut « Du contrat en droit des sociétés. Essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés », thèse, L'Harmattan 2008, préface J.-P. Gastaud

A. Guineret- Brobbel-Dorsmann « La GmbH et Co. KG allemande et la « commandite à responsabilité limitée » française : une illustration de la liberté contractuelle en droit des sociétés ? », thèse, LGDJ 1998, préface M. Fromont

Y. Guyon « Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés », LGDJ 2002, série « Traité des contrats » (dir. J. Ghestin), 5e édition

J.-Cl. Hallouin,-H. Causse-J. Monnet « La location d'actions et des parts de SARL », LGDJ 2008.

Ch. Hannoun « Le droit et le groupe des sociétés », LGDJ 1998, préface A. Lyon-Caen

B. Hossine « Blanchiment de capitaux. Aspects économiques et juridiques », Economica 2014

M. Jeantin « La filiale commune », thèse Tours 1975

I. Jeulin « Les techniques fiduciaires à l'aune du principe de spécialité des personnes morales », LGDJ 2007 , préface Chr. Jubault

L. Josserand « De l'esprit des droits et de leur relativité : Essai de téléologie juridique T. 1 : Théorie dite de l'abus des droits », Dalloz 2006, 2e édition

G. Kontogeorga- Théocharopoulou « Les établissements bancaires et les prises de participations en droit français et en droit hellénique », thèse Paris II, LGDJ 2004, préface Ph. Merle

M. Laprade « Concert et contrôle. Plaidoyer en faveur d'une reconnaissance de l'action de concert par le droit des sociétés », Ed. Joly 2007

C. Leclère « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit des affaires », thèse Nice 2000

Cl. Lefeuvre « Le référé en droit des sociétés », thèse PUAM 2006, préface H. Le Nabasque

A. Lefèvre -Teillard « La société anonyme au XIXe siècle », Montchrestien 1986

G. Lekkas « L'harmonisation du droit des offres publiques et la protection de l'investisseur. Etude comparée des règles en vigueur en France, au Royaume Uni et aux Etats-Unis d'Amérique », LGDJ 2001, préface A. Viandier

H. Lévy-Bruhl « Histoire juridique des sociétés de commerce en France au XVIIe et XVIIIe siècles », Paris 1938

- I. Lianos « La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique », éd. Ant. N. Sakkoulas- Bruylant 2007, préf. R. Covart
- A. Lindjeropoulos « Le problème de la fraude à la loi », thèse Aix 1928
- F-X Lucas « Les transferts temporaire des valeurs mobilières. Pour une fiducie de valeurs mobilières », thèse, LGDJ 1997, préface L. Lorvellec
- E. Mackay -S. Rousseau « Analyse économique du droit », Dalloz 2008
- Ph. Malaurie « L'ordre public et le contrat. Etude de droit comparé, France, Angleterre, URSS», thèse Paris 1951
- B. Marois- B. Bonpoint « Gouvernement d'entreprise et communication financière », Economica 2004
- Th. Massart « Le régime juridique de la cession de contrôle », thèse Paris II, 1995
- J. Méadel « Les marchés financiers et l'ordre public », thèse Paris II, LGDJ 2007, préface M. Germain
- N. Molfessis « Le Conseil constitutionnel et le droit privé », thèse, LGDJ 1997, préface M. Gobert
- M-C Monsallier « L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme », thèse, LGDJ 1998, préface A. Viandier
- R.Mortier « Le rachat par la société de ses droits sociaux », Dalloz 2003
- P. Mousseron « Les conventions sociétaires », LGDJ- Lextenso éditions 2010
- A.-C. Muller « Droit des marchés financiers et droit des contrats », thèse Paris II. Economica 2007, préface H. Synvet
- OCDE « Au-delà des apparences : l'utilisation des entités juridiques à des fins illicites », 2001.
- D. Ohl « Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe », LGDJ 1982, préface M. Cabrillac
- J. Paillesseau « La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise », thèse Rennes, Sirey 1967
- J. Paillisseau- J-J Caussain- H. Lazarsky- Ph. Peyramaure « Cession d'entreprise », Dalloz 1999, 4<sup>e</sup> édition
- I. Parachkévova « Le pouvoir d'investisseur dans la société cotée », LGDJ 2005
- M. Pariente « Les groupes de sociétés », Litec 1993
- F. Peltier « Marchés financiers et droit commun », Banque éditeur
- A. Pietrancosta « Le droit des sociétés sous l'effet des impératifs financiers et boursiers », thèse Paris I, 1999



- D. Plihon « Le nouveau capitalisme », éd. La Découverte 2009, 3e édition.
- F.-D. Poitrinal « Le capital-investissement. Guide juridique et fiscal », Revue Banque édition 2007, 3e édition
- D. Poracchia « La réception juridique des montages conçus par les professionnels », thèse Aix, PUAM 1998, préface J. Mestre
- C. Prieto « La société contractante », PUAM 1994, préface J. Mestre
- J.F. Quievy « Anthropologie juridique de la personne morale », LGDJ 2008, préface D. Martin
- A. Rabreau « L'usufruit sur droits sociaux », Litec 2006
- A. Réberieux « Gouvernement d'entreprise et théorie de la firme: de la valeur actionnariale à la citoyenneté industrielle », thèse d'économie, Paris X, Nanterre
- Fl. Reille « La notion de confusion de patrimoines, cause d'extension des procédures collectives », Litec 2006
- Th. Revet (dir.) « L'ordre public à la fin du XXe siècle », Dalloz 1996
- G. Ripert « Les aspects juridiques du capitalisme moderne », LGDJ 1951, 2<sup>e</sup> édition
- N. Rontchevsky « L'effet de l'obligation », Economica 1998, préface A. Ghazi
- R. Sacco « La comparaison au service de la connaissance du droit », Economica 1991 (Collection Etudes juridiques comparatives)
- S. Schiller « Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés. Les connexions radicales », thèse Paris II, LGDJ 2002, préface F. Terré
- J.-B. Seube « L'indivisibilité entre les actes juridiques », thèse, Litec 1999, préface M. Cabrillac
- D. Schmidt « Les droits de la minorité dans la SA », LGDJ 1970
- D. Schmidt « Les conflits d'intérêts dans la SA », Joly édition (nouvelle version) 2004
- P. Soumrani « Le portage d'actions », LGDJ 1996
- D. Spielman « L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées », Bruylant 1995
- I. Sykiotou-Androulaki « Le mouvement de dépenalisation en France et en Grèce. L'alternative administrative », éd. Sakkoula – Bruylant 1992
- S. Sylvestre « Le coup d'accordéon ou les vicissitudes du capital », thèse, Litec 2002
- H. Synvet « L'organisation juridique du groupe international de sociétés », thèse Rennes 1979

- B. Teyssié « Les groupes de contrats », thèse Montpellier, LGDJ 1975,  
préface J.-M. Mousseron
- K. Torbey « Les contrats de franchise et de management à l'épreuve du droit  
des sociétés. Etude de droit français et de droit libanais », thèse Paris II, LGDJ 2002,  
préface Ph. Merle
- M. Torre-Schaub « Essai sur la construction juridique de la catégorie du  
marché », thèse LGDJ 2002, préface A. Lyon-Caen
- D. Vellardochoio -Flores « Les accords extrastatutaires entre associés », thèse  
Aix, PUAM 1993
- A. Viandier « La notion d'associé », thèse, LGDJ 1978
- A. Viandier « OPA-OPE et autres offres publiques », éd. F. Lefebvre
- A. Viandier (dir.) « La commandite
- M.-J. Vidal « Essai d'une théorie générale de la fraude en droit privé »,  
Dalloz 1957
- B. Vidal-Pedroletti « L'interposition de personnes dans les sociétés  
commerciales », thèse Aix-en-Provence 1986
- M.-C. Vincent- Legoux « L'ordre public. Etude de droit comparé interne », thèse  
Dijon, PUF 2001, préface J.-P. Dubois
- I. Urbain-Parléani « Les comptes courant d'associés », LGDJ 1986
- Cl. Witz « La fiducie en droit français », Economica 1981

## **2/ En grec**

- A. Andrianessis « Le rôle du conseil d'administration d'une société anonyme  
dans les offres publiques d'achat d'actions », Nomiki Vivliothiki 2008
- G. Archaniotakis « Transmission de patrimoine ou d'entreprise », éd.  
Sakkoula, 1997
- L. Athanassiou « La problématique de la restriction totale de la responsabilité  
pour les créances maritimes », éd. Ant. N. Sakkoula 2005
- L. Athanassiou « Les actionnaires et la surveillance sociétaire. L'immixtion  
active des actionnaires dans les décisions sociales comme moyen de surveillance de  
la direction de l'AE », éd. Nomiki Vivliothiki 2010
- D. Avgitidis « La société anonyme cotée », éd. Nomiki Vivliothiki 2013,  
2<sup>e</sup> édition

- N. Bassayannis « Contenu de convention extrasociétaire entre actionnaires (Shareholders' Agreement) », éd. Nomiki Vivliothiki 2009
- K. Christakakou-Photiadi « L'usufruit sur entreprise », éd. Dikaio kai Ikonomia –P. N. Sakkoulas 1994
- Chr. Deliyanni-Dimitrakou « Trust et katapistefsi [fiducie]- examen de droit comparé», éd. A. N. Sakkoula 2002, 2e édition
- K. Douvis « Activités "offshore" », Athènes 2003
- G. Gasparinatos « La responsabilité civile des dirigeants des sociétés de capitaux », éd. Nomiki Vivliothiki 2006
- L. Georgakopoulos « La pratique contemporaine du droit commercial. Analyses de cas réels », éd. Frères P. Sakkoula, 1992
- C. N. Ghinis « L'achat d'une AE par le biais d'offre publique d'achat d'actions comme mécanisme de contrôle sociétaire et de restauration de l'efficience du marché », thèse dact. Athènes 1997
- E. Gologina –Ikonomou « Conventions de la société anonyme avec ses administrateurs », éd. Sakkoula, Thessalonique 1990
- E. Karamanakou « Problèmes juridiques résultant du rachat d'une entreprise par ses dirigeants (Management Buy-out) », mémoire DEA Athènes, éd. Nomiki Vivliothiki 2007
- E. Karamanakou « L'obligation de loyauté des actionnaires », éd. Nomiki Vivliothiki 2013
- K. Karayannis « La problématique de la simulation en droit privé », thèse Athènes, éd. A. N. Sakkoula 2002, préface G. D. Kallimopoulos
- Th. Kaziani « Le prêt de titres –notamment d'actions – et ses garanties », éd. Sakkoula 2010
- L. Kitsaras « Engagements contractuels du pouvoir d'aliénation », éd. Dikaio kai Ikonomia –P. N. Sakkoulas 1999
- L. Kokkinis «Insolvabilité de sociétés de capitaux et responsabilité des dirigeants à l'égard des créanciers sociaux », éd. A. N. Sakkoula 2001
- A. Kontogeorgiou «La déconnexion de l'intérêt économique du droit de vote de l'actionnaire », Nomiki Vivliothiki 2013
- M. Kordi-Antonopoulou « Le cadre juridique des marchés d'instruments financiers », éd. Sakkoulas, 2008.
- L. Kotsiris « La morphologie sociale et juridique de la marine commerciale au temps de la Révolution », Thessalonique 1983

- L. Kotsiris « Problèmes contemporains de droit commercial », éd. Sakkoula 1995
- Ph. Koziris – S. Meglidou (dir.) « L' "indépendance" des autorités indépendantes. Problématique et espoirs d'une nouvelle institution », éd. A. N. Sakkoula, 2003.
- Th. Liakopoulos « La levée de l'existence distincte de la personnalité morale dans la jurisprudence », éd. A. N. Sakkoula 1993, 2<sup>e</sup> édition
- Th. Liakopoulos « De la société civile à la société de capitaux », éd. P. N. Sakkoulas 2000
- A. Manitakis « Etat de droit et contrôle de constitutionnalité », éd. Sakkoula 1994
- M.-Th. Marinos « Prohibitions de concurrence. Conflits d'intérêts dans les sociétés de capitaux », éd. A. N. Sakkoula 1997
- M.-Th. Marinos « Pactes extrasociétaires d'actionnaires. Entre le droit des obligations et le droit des sociétés », éd. Dikaio kai Ikonomia P. N. Sakkoulas 2011
- M.-Th. Marinos (dir.) « Problèmes du nouveau droit de la société anonyme », éd. Sakkoula 2008
- M.-Th. Marinos (dir.) « La société anonyme entre le droit des sociétés, le droit des faillites et le droit des marchés financiers », éd. Sakkoula 2011
- Chr. Mastrokostas « L'étendue du pouvoir de représentation des organes de direction de la société anonyme et de la société à responsabilité limitée », éd. A. N. Sakkoulas 1995
- G. Michalopoulos « Dématérialisation de titres et notamment des actions », éd. Nomiki Vivliothiki 1999
- A. Mikroulea « Limites d'action et responsabilité des dirigeants sociaux », éd. Nomiki Vivliothiki 2013
- M. Milathianaki « Le partage des pouvoirs entre l'assemblée générale et le conseil d'administration de l'AE », éd. Nomiki Vivliothiki 2013
- S. Mousoulas « Le capital de prise de participations dans des entreprises (Venture Capital). La formation du pacte de financement », Nomiki Vivliothiki 1997
- S. Mousoulas « Gouvernement d'entreprise », éd. Sakkoulas 2003
- S. Mousoulas « La loi 3016/2003 sur le gouvernement d'entreprise. Commentaire des articles et évaluation du point de vue des investisseurs institutionnels », éd. Sakkoula, 2003.
- S. Mousoulas « La loi 3804/2007 pour la réforme et modification de la loi codifiée 2190/1920 », éd. Sakkoula 2008

- S. Pagoni « Le pouvoir sanctionnateur de la Commission du marché financier et son contrôle judiciaire », éd. Sakkoula 2005
- Ch. Pamboukis « Les personnes morales et notamment les sociétés dans les conflits de lois », éd. Sakkoula 2004
- K. Pamboukis « Intégration de société anonyme à un groupe multinational ; des procédés impressionnants », Sakkoulas, 1989
- K. Pamboukis (dir.) « La société maritime. Questions actuelles », éd. Sakkoula 2003
- P. Panagiotou « La transmission de l'entreprise et la responsabilité pour ses dettes », Nomiki Vivliothiki 2011
- P. Panagiotou « Le nouveau droit de la société en nom collectif et de la société en commandite. Problèmes législatifs et d'interprétation de la réforme par la loi 4072/2012 », Nomiki Vivliothiki 2013
- N. Pantazopoulos « De la tradition "savante" au Code civil [AK] », éd. de l'Université Aristote de Thessalonique 1965, 2e édition
- P. Papadrossou-Archaniotaki « Participation d'une société anonyme à une société en nom », éd. Sakkoula 1999
- P. Papannikolaou « Des limites de l'intervention protectrice du juge dans les contrats », éd. Sakkoula 1992
- P. Papapanagiotou « Agrément des actions nominatives », Athènes 1974
- P. Papapanagiotou « L'intérêt social comme critère d'exercice de pouvoirs organiques dans l'Assemblée Générale », édition Apopsis 2006
- E. Perakis « Les engagements contractuels du droit de vote de l'actionnaire », thèse Athènes 1976, Bibliothèque de droit commercial et maritime
- E. Perakis « La société européenne "grecque" », Nomiki Vivliothiki 2006
- E. Perakis « Le nouveau droit de la société anonyme », Nomiki Vivliothiki 2012, 2<sup>e</sup> édition
- Chr. Philios « La cause dans les conventions créatrices d'obligations », éd. A. N. Sakkoula 2007
- N. Rokas « Les limites du pouvoir de la majorité en droit des sociétés anonymes », Athènes 1971
- K. Rigas « La levée de l'existence distincte de la personnalité morale », Nomiki Vivliothiki 2008, préface I. K. Karakostas
- G. Sotiropoulos « Le prêt de titres », éd. Nomiki Vivliothiki 2005

- G. Triantafyllakis « L'intérêt de l'entreprise comme norme de comportement des organes de l'AE », éd. Ant. N. Sakkoula 1998
- G. Triantafyllakis « Le capital social et ses variations dans l'AE », Nomiki Vivliothiki 2012
- M. Tsimbris « L'offre publique d'acquisition d'actions », éd. Sakkoula, 1994
- D. Tzouganatos « Capitalisation insuffisante et sous-capitalisation de sociétés de capitaux. Modalités d'apparition et effets juridiques », éd. Sakkoula 1994
- A. Valtoudis « Vente d'entreprise. Responsabilité précontractuelle, contractuelle et fondée sur l'enrichissement sans cause », éd. Sakkoula 2005
- M. Varela « La configuration de la responsabilité intérieure dans les groupes de sociétés. La gestion de l'AE en groupe », thèse Athènes, Nomiki Vivliothiki, 2007
- M. Varela « L'assurance de la responsabilité civile des dirigeants des AE », Nomiki Vivliothiki 2008
- V. Vathis « Coopérations d'entreprises (Joint Ventures) », éd. A. N. Sakkoula 2009
- Sp. Vrellis « La fraude en droit international privé », Athènes 1979
- R. Yovannopoulos « Décisions défectueuses des organes de l'AE. I : Aspects de l'annulabilité », éd. Nomiki Vivliothiki 2012

### **3/ Ouvrages en anglais**

- M. Andenas – F. Woolridge « European Comparative Company Law », Cambridge University Press 2012
- D. Avgitidis « Groups of companies », Ant. N. Sakkoulas Publishers 1996
- A. Beal - G. Means « The Modern Corporation and Private Property », 1932
- M. M. Blair « Ownership and Control- Rethinking Corporate Governance for the Twenty-First Century », Brookings Institution Press, 1994
- Th. Burczack « Socialism after Hayek », University of Michigan Press 2006
- J. Cioffi « Public Law and Private Power : Corporate Governance Reform in the Age of Finance Capitalism », University of Cornell Press 2010

- F.H.Easterbrook- D.R.Fischel « The Economic Structure of Corporate Law », Harvard University Press 1991
- K.Greenfield « The Failure of Corporate Law. Fundamental Flaws and Progressive Possibilities », University of Chicago Press 2006
- R. W. Hamilton- R. A. Booth « Corporations », Thomson West 2006, 5e édition
- H. Hansmann - R. Krakman (edit.) « The Anatomy of Corporate Law – A Comparative and Functional Approach », Oxford University Press 2004
- A. Hudson « Understanding Company Law », Routledge 2011
- Ch. Lindblum « The Market Model », Yale University Press, 2001
- L. Kotsiris « Greek Law on Partnerships and Corporations », éd. Sakkoula 2013, 4e édition
- R. Nelson -S. Winter « An evolutionary Theory of Economic Change », Cambridge University Press, 1982
- A. Nove « The Economics of Feasible Socialism », Routledge , 2e édition
- M. Siems- D. Cabrelli (edit.) « Comparative Company Law. A Case-based Approach », Hart Publishing 2013
- H. Simon « Organizations », 1958, John Wiley and Sons (édition française 1991, Dunod)
- O. Williamson « The Economic Institutions of Capitalism », Free Press 1998

### **III/ Articles, apports à des ouvrages collectifs, à des encyclopédies juridiques, conclusions, consultations, observations**

#### **1/ En français**

- Chr. Albiges « Indivision. Généralités. Régime conventionnel. Régime légal », Répertoire civil Dalloz
- D. d'Ambra « Interposition de personnes », Répertoire de droit civil Dalloz
- S. Amrani- Mekki « Indivisibilité et ensemble contractuels: l'anéantissement en cascade des contrats », Défrénois 2002, p. 355
- P. Arhel « Concentrations », Répertoire de droit des sociétés Dalloz
- A. Argyriadis « Les méthodes de collaboration entre entreprises indépendantes en droit grec », RHDJ 1977, p. 86
- C. Aubert de Vincelles « Porte-fort », Répertoire civil Dalloz

- M. Azavant « La sanction civile en droit des sociétés ou l'apport du droit commun au droit spécial », Rev. sociétés 2003, p. 442
- M. Bacache « Indivisibilité », Répertoire sociétés Dalloz
- F. Barrière « Fiducie », Répertoire de droit civil Dalloz
- F. Barrière « La fiducie », Bull Joly 2007, p. 440
- F. Barrière « La fiducie, révolution juridique et pratique des affaires », JCP E 2007, 2050
- F. Barrière « La fusion-filialisation », Rev. soc. 2013, p. 667
- J. Barthélemy « L'entreprise et la règle du droit : adaptation du droit et adaptation des entreprises », Les Petites Affiches, 8 nov. 2000, no 223
- L. Bazzoli – Th. Kirat « L'Entreprise et les règles juridiques : une perspective d'économie institutionnaliste », Revue interdisciplinaire d'études juridiques, vol. 40, p. 47
- P. Berger « La société civile de portefeuille », in « Droit et patrimoine », n° 128, juillet-août 2004, p. 87
- R. Bernard « L'OBO ou vente à soi-même », JCP E 2008, 2298
- J-P Bertrel « Liberté contractuelle et sociétés. Essai d'une théorie du « juste milieu » en droit des sociétés », RTD com. 1996, p. 525
- J.-P. Bertrel « Le débat sur la nature de la société », in Mélanges A. Sayag, Litec, 1997, p. 131
- J.-P. Bertrel « Portage de droits sociaux », Répertoire de droit des sociétés Dalloz
- P. Bézard « La mondialisation, la crise des marchés financiers et l'évolution de la réglementation applicable aux sociétés », in Mélanges Y. Guyon, Dalloz 2003, p. 83
- A. Bienvenu - Perrot « Des censeurs du XIXe siècle au groupement d'entreprise du XXIe siècle », RTD com. 2003,449
- G. Blanc « Entreprises en difficulté (Plan de sauvegarde et de redressement) », in Répertoire de droit des sociétés Dalloz
- Ph. Bissara « L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions », Rev. soc. 1990, p. 553
- H. Blaise « Apports », in Répertoire Sociétés Dalloz
- Th. Bonneau « De l'inutilité de droit contractuel pour assurer le respect des règles de marché », RTD com. 1999, p. 257



- B. Bouloc « Abus de biens sociaux », Répertoire de droit des sociétés Dalloz
- B. Bouloc « Faut-il réformer le droit pénal des sociétés? », Rev. soc. 2000, p. 199
- M. Boudot « Apparence », Répertoire de droit civil Dalloz
- K. Bourgatchev – A.Goudin « La fiducie à l'épreuve de la lutte contre le blanchiment de capitaux », JCP E 2007, étude 2056
- M.-Ch. Boutard-Labarde « L'ordre public et le droit communautaire » in « L'ordre public à la fin du XXe siècle » (avec la coordination de Th. Revet), Dalloz 1996, p. 83
- P. Bouteiller « Du fondement juridique au regard du droit français de l'opération de réduction de l'endettement des entreprises par la méthode de l'in substance defeasance », Les Pet. Aff. 17 févr. 1989, p. 17
- L. Boy « Réflexions sur le "droit de la régulation" – à propos du texte de M.-A. Frison-Roche », chronique Dalloz 2001, p. 3031
- D.Burreau « L'altération des types sociétaires » in Mélanges P.Didier, Economica 2008, p.57
- L. Cadiet- Ph. Le Tourneau « Abus de droit », Répertoire de droit civil Dalloz
- E. Cafritz-D. Karamalli « Les mesures de défense anti-OPA à l'épreuve de l'AMF », Mélanges AEDBF-France t. 4, R. Banque - éditeur, p. 67
- D. Carreau- H. Letréguilly « Offres publiques (OPA, OPE, OPR) », Répertoire de droit des sociétés Dalloz
- Cl. Champaud « Contribution à la définition du droit économique », Dalloz 1967, chronique 215
- Cl. Champaud « Le contrat de société existe-t-il encore ? » in « Le droit contemporain des contrats » (dir. L. Cadiet), Economica 1987
- Cl. Champaud « Régulation et droit économique », RIDE 2002, p. 23
- Y. Chaput « L'objet social », Répertoire de droit des sociétés Dalloz
- J.-P. Chiffaut-Moliard « Plaidoyer pour un capital social négatif », JCP E, no 1626
- D. Cochet « Le coup d'accordéon ou les offres de l'infinitésimal », Rj com. 2004, p. 135.
- D. Cohen « La légitimité des montages en droit des sociétés », in Mélanges Fr. Terré, Dalloz 2001
- D. Cohen « Vers la fin des offres publiques hostiles? », Mélanges P. Didier, Economica 2008, p. 125

- M.-L. Coquelet « Brèves remarques à propos d'une fusion attendue : la création de l'autorité des marchés financiers », PA 14 nov. 2003, n° 228, p. 6
- L. Commanges « Le dangereux paradoxe des sociétés fictives », Bull. Joly 2003, p. 12.
- R. Contin « L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés », D. 1968, chronique IV
- A. Constantin « L'intérêt social : quel intérêt ? », Mélanges B. Mercadal, édition Francis Lefebvre 2002, p.315
- A. Constantin « La tyrannie des faibles – De l'abus de minorité en droit des sociétés » in Mélanges Y.Guyon, Dalloz 2003, p. 213
- V. Cottureau « La clause réputée non écrite », JCP G 1993 I, 3691
- J. Couard, note sous C. cass. Ch. soc. 28 sept. 2011 (Metaleurop), Les Pet. Aff. 3 févr. 2012, p. 5
- A.Couret « Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés », Rev. soc. 1984, p.243
- G.Couturier « Le plan de cession instrument de restructuration des entreprises défaillantes », Bul. Joly sociétés, février 2008
- M. Cozian « Société civile immobilière - société d'exploitation : est-ce vraiment un couple infernal », JCP E 1997, n° 10
- M. Cozian « Propos désobligeants sur une "tarte à la crème" : l'autonomie et le réalisme du droit fiscal, in « Les grands principes de la fiscalité des entreprises », Litec 1999, 4e édition, p. 3
- M. Cozian « Un sac d'embrouilles: le régime fiscal des sociétés de personnes relevant de l'impôt sur le revenu », ibid, p. 289
- M. Cozian « Peut-on trouver une frontière sûre entre l'optimisation, l'évasion et la fraude fiscale? », in Ch. Cutajar (dir.) « Le blanchiment des profits illicites », PU Strasbourg 2000, p. 43
- M. Cozian « Abus de droit, apport-cession et apport-donation : la Cour de cassation serait-elle en train de perdre le cap ? » in « Hommage à Maurice Cozian » (parution post mortem), p. 47
- P. Crocq « Nantissement », Répertoire de droit civil Dalloz
- J. Cullman « Remarques sur les clauses réputées non écrites », D 1993, 59
- Ch. Cutajar « Le montage société civile immobilière / société d'exploitation à l'épreuve de l'extension jurisprudentielle de la procédure collective », Bull. Joly sociétés 1999, § 247

- Ch. Cutajar « L'ordre juridique français face aux « sociétés écrans » des paradis fiscaux », in « Le blanchiment des profits illicites » (sous sa direction), PU Strasbourg 2000, p. 153
- J.-J. Daigre « Société fictive », Répertoire de droit des sociétés Dalloz
- J.-J. Daigre « L'exclusion en réponse à une demande de résolution », Bull. Joly 1996, p. 376
- J.-J. Daigre « La fin des bourses », Revue de droit bancaire et financier, mars-avril 2003, p.83
- J.-J. Daigre « La création de l'autorité des marchés financiers », Rev. soc. 2003, p. 823
- J.-J. Daigre- D. Bompont- F. Basdevant « Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées », Dr. sociétés, Actes pratiques juillet-août 2002, p. 5 suiv
- M. Darois - A. Viandier « L'intérêt social prime l'intérêt des actionnaires », Les Echos 27-28 juin 2003
- Fl. Deboissy- S. Quilici « Optimisation fiscale et SCI », Actes pratiques ing. sociétaire, 2009, n° 103.
- Ph. Delebecque- J. Pansier « Conseil d'administration », Répertoire de droit des sociétés Dalloz
- X. Delpech « Compte courant d'associé », Répertoire de droit des sociétés Dalloz
- X. Delpech «Compte courant d'associé» in Ph. Rainbourg- M. Boizard (dir.) «Ingénierie financière, fiscale et juridique», Dalloz 2009, p. 523
- P. Didier, rapport in « L'égalité des actionnaires, mythe ou réalité », Colloque, « Cahiers du droit de l'entreprise », n° spécial, novembre 1994
- P. Didier « Le consentement sans l'échange : le contrat de société », R.j.com 1995, n° spécial novembre 1995, p. 74
- P. Didier « Théorie économique et le droit des sociétés », Mélanges A.Sayag. p.227
- P. Didier « Brèves notes sur le contrat-organisation », Mélanges F. Terré, Dalloz-Jurisclasseur 1999, p. 635
- P. Didier « Les biens négociables », Mélanges Y. Guyon, Dalloz, 2003, p. 327
- P. Diener « Un abus de personnalité morale: la société en sommeil », in « Dix ans de droit de l'entreprise », Litec 1978
- P. Diener « Ethique et droit des affaires », Dalloz 1993, chronique 17

- P. Diener « La société en nom collectif dont tous les associés sont des EURL », in dossier « Défiscalisation DOM-TOM », Droit et patrimoine, 1995/5, p. 42
- P. Diener « Pathologie juridique et doctrine universitaire en droit des affaires », Dalloz 1997, chronique 147
- J. –Ph. Dom «La transformation, acte d'un montage », Bull. Joly soc. 2010, p. 409
- B. Dondero « Société en participation », in Répertoire sociétés Dalloz
- B. Dondero « Le pacte d'actionnaires : le contrat dans la société », Journ. soc., avr. 2008, p. 42
- B. Dondero « Société en participation », in « Ingénierie juridique et fiscale » Dalloz, no 77-55.
- G. Drago «De quelques apports du droit constitutionnel à la définition de l'entreprise », in Mélanges Cl. Champaud, Dalloz 1997, p. 299
- H. Dubout « Les clauses de durée dans les pactes extrastatutaires entre actionnaires », Bull. Joly sociétés, 1997, p. 5
- L. Favoreu « La constitutionnalisation du droit », in Mélanges R. Drago, Economica 1996, p. 25
- L. Faugérolas - J. Scemama « L'offre publique obligatoire étendue à la filiale étrangère de la cible », Bull. Joly Bourse 2005, p. 706
- D. Fenouillet « Les bonnes mœurs sont mortes, vive l'ordre public philanthropique », in Mélanges P. Catala, Litec 2001
- P. Fernoux « SCI et démembrement de propriété : contribuables... Résistez ! », « Droit et patrimoine », n° 60, mai 1998, p. 29
- Cl. J. Ferry « Le fondement juridique de l'effet comptable de la "défaillance économique" », JCP E 1991, p. 472
- E. Flaicher-Maneval - Ph. Peyramaure « L'utilisation des sociétés civiles dans la transmission des entreprises », Les Pet. Aff.. 25 janvier 2000, p. 6
- B. François « Fiducie », Répertoire de droit des sociétés Dalloz
- G. Freyria « La personnalité morale à la dérive », Mélanges A. Breton – F. Derrida, Dalloz 1991, p. 121
- M-A. Frison-Roche « Le modèle de marché », Archives de Philosophie du droit, 1995 p. 287
- M. -A. Frison-Roche « L'hypothèse d'un droit général de sortie des minoritaires », Cahiers du droit de l'entreprise, 1996, n° 4

- M.- A. Frison-Roche « La distinction entre sociétés cotées et sociétés non cotées » in « Mélanges AEDBF- France », p. 195
- M.-A. Frison-Roche « Le droit de la régulation », Dalloz 2001, chronique 610
- M.-A. Frison-Roche « Droit économique, concentration capitalistique et marché », in Mélanges G. Farjat, éd. Paris-Frison-Roche, p. 397
- M.-A. Frison-Roche « Les contours de l'Autorité des marchés financiers », Mélanges AEDBF – France IV, Banque éditeur, p. 165
- M.-A. Frison-Roche « Régulation et droit des sociétés : du Code civil à la protection du marché de l'investissement », in Mélanges D. Schmidt, Joly 2005
- M.-A. Frison-Roche - L. Cohen-Tanugi « Droit boursier et droit de la concurrence », Les petites affiches, n° spec. 21 juillet, 1999
- F.Garros « La rémunération excessive des dirigeants des sociétés commerciales », Rev. soc. 2004, p.725
- J.-P. Garçon « Comptes courants d'associés », in J.-Cl. Sociétés, fasc. 36-20
- J.-P. Garçon « Un montage inquiétant : le démembrement ab initio du capital social souscrit en numéraire », JCP N 2003, p. 1734
- M. K. Geary « L'expérience de Peugeot en matière de défaillance », Rev. dr. bancaire 1989, 52.
- M. Gegout « Ordre public et bonnes mœurs » in J-Cl. Civil, art. 6.
- R. Gentilhomme « La dissociation du pouvoir et de l'avoir dans la transmission familiale de l'entreprise sociétaire », in « Droit et patrimoine », sept. 2007, p. 46
- R. Gentilhomme « Démembrement des droits sociaux », in Ph. Raimbourg - M. Boizard « Ingénierie financière, juridique et fiscale », Dalloz 2009, n° 82
- M. Germain « La renonciation aux droits propres des associés », Mélanges F. Terré, p. 401
- M. Germain « Les moyens d'égalité des associés dans les sociétés par actions non cotées », in Mélanges P. Didier, Economica 2008, p. 189
- J. Ghestin « L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français » in « Les notions à contenu variable en droit », ouvrage collectif, Bruxelles 1984
- D. Gibrila « Délégation de pouvoirs », Répertoire de droit des sociétés Dalloz
- G. Goffaux-Callebaut « Le plan d'action de la Commission en droit des sociétés: une approche française », Bull. Joly sociétés 2003, p. 997
- G. Goffaux-Callebaut « La définition de l'intérêt social », RTD com. 2004, p.35

- N. Coutinet – D. Segot-Duvauroux « L'économie des fusions et acquisitions », éd. La Découverte », Coll. Repères, 2003
- P-Y Gautier –F. Pasqualini « Action paulienne », Répertoire de droit civil Dalloz
- Y. Guyon « Affectio societatis », in J.Cl. sociétés
- Y. Guyon « Assemblée d'actionnaires », Répertoire de droit des sociétés Dalloz
- Y. Guyon « De l'inefficacité du droit pénal des sociétés », Pouvoirs, 1990, p. 41
- Y. Guyon « Droits fondamentaux et personnes morales de droit privé », L'Actualité juridique –Droit administratif, 20 juillet-20 août 1998, no spécial, p. 136
- Y. Guyon « Actionnaires et consommateurs », in Mélanges J. Calais-Auloy, p. 481
- Ch. Hannoun « Liquidation et Partage », in Répertoire de droit des sociétés Dalloz
- J. Hauser- J.-J. Lemoulande « Ordre public et bonnes mœurs », in Répertoire civil Dalloz, 1993
- J. Honorat « Nullités », in Répertoire de droit des sociétés Dalloz
- J. Honorat « Place respective de la liberté contractuelle dans la SARL et la GmbH », Mélanges Y. Guyon, Dalloz 2003, p. 507
- C. Houtchieff « Renonciation », in Répertoire de droit civil Dalloz
- H. Hovasse-M. Deslandes-R. Gentilhomme « Le démembrement des droits sociaux » Dr. sociétés, Actes pratiques, 1994, n° 16
- H. Hovasse- M. Deslandes- R. Gentilhomme « Pactes extrastatutaires et partage des bénéfiques », Dr. sociétés-Actes Pratiques, n° 23, 1995, p. 11 suiv
- L. Issaurat- E. Kornprobst- Ph. Raimbourg « LBO », in « Ingénierie financière, fiscale et juridique », Dalloz 2009, n° 93.00 suiv
- M. Iwanenko « Apport en nue- propriété d'immeubles et sociétés civiles : du nouveau ? », in « Droit et patrimoine », n° 128, juillet-août 2004, p. 82
- A. Jeammaud -Th. Kirat - M.-Cl. Villeval « Les règles juridiques, l'entreprise et son institutionnalisation : à l'entrecroisement de l'économie et du droit », Revue internationale de droit économique, no 1, 1996, p. 99
- M. Jeantin -Ph. Théry « Saisie de droits sociaux et de valeurs mobilières », Répertoire de droit des sociétés Dalloz
- M. Jeantin « Droit des obligations et droit des sociétés »
- M. Jeantin « Les conventions de vote », in « La stabilité du pouvoir dans les sociétés », R. j. com. nov. 1990, n° spécial, p. 124

- M. Jeantin « Le rôle du juge en droit des sociétés », Mélanges R. Perrot, Dalloz, 1995, p. 149
- L. Jobert « La notion d'augmentation des engagements associés », Bull Joly 2004, p. 627
- R. Kaddouch « LBO : actions de préférence ou pactes d'actionnaires », JCP E 2006, p. 1072
- D. Langet « Transformation », Répertoire de droit des sociétés Dalloz
- A. Larrue « La confrontation entre les règles du droit des sociétés et du droit de la concurrence », rapport au colloque de Lyon sur le droit privé et le droit de la concurrence, Cahiers du droit de l'entreprise 2000, n°5, p. 6
- B. Le Bars « Responsabilité civile des dirigeants sociaux », Répertoire de droit des sociétés Dalloz
- P. Le Cannu « Directoire et conseil de surveillance », Répertoire de droit des sociétés Dalloz
- P. Le Cannu « Société par actions simplifiée », in Répertoire de droit des sociétés Dalloz
- D. Lautier - Y. Simon « Titrisation - Analyse économique et financière », in « Ingénierie financière, fiscale et juridique », Dalloz 2009
- A. Lecourt « Capital social », in Répertoire de droit des sociétés Dalloz
- A. Lecourt « Groupe de sociétés », Répertoire de droit des sociétés Dalloz
- B. Lecourt « Cession de droits sociaux », Répertoire de droit des sociétés Dalloz
- B. Lecourt « Clauses de garantie dans les cessions de droits sociaux », Répertoire de droit des sociétés Dalloz
- B. Lecourt « L'avenir du droit français des sociétés: que peut-on encore attendre du législateur européen? », Rev. soc. 2004, p. 223
- H. Le Nabasque- P. Dunaud- P. Elsen « Les clauses de sortie dans les pactes d'actionnaires », Dr. sociétés- Actes Pratiques, n° 5, 1992, n° 25
- H. Le Nabasque « Les bons d'offre », RD banc. Fin. 2006, n°86
- Ph. Le Tourneau, rapport de synthèse du colloque « Droit de la concurrence et droit privé » tenu à Lyon le 15 oct 1999, Cahiers de droit de l'entreprise 2000, n° 3, p. 46
- F.-X. Lucas « La société dite « créée de fait », Mélanges Y. Guyon, Dalloz 2003, p. 737

- F-X. Lucas « Feu sur les droits de l'Homme », Bull. Joly sociétés, février 2007, éditorial
- F. -X. Lucas « Le principe du contradictoire en droit des sociétés », in « Libertés et droits fondamentaux » (dir. R. Cabrillac – M. A. Frison-Roche-T. Revet), Dalloz 2009, 15e édition, p. 713
- F-X Lucas « Restructuration des sociétés en difficulté » in « Ingénierie financière, juridique et fiscale », Dalloz 2009, nos 97.00 suiv.
- V. Magnier « Réception du droit américain dans l'organisation interne des sociétés commerciales », in Archives de philosophie du droit 45, 2001
- V. Magnier « A qui profite la préférence », D 2004, chronique 2259
- V. Magnier « Gouvernance des sociétés cotées », Répertoire de droit des sociétés Dalloz
- Ph. Malaurie « Nature juridique de la personnalité morale », Gaz. du Palais 1990, p. 1068
- C. Malecki « Conventions réglementées », Répertoire de droit des sociétés Dalloz
- A. Martin-Serf « Sociétés fictives et frauduleuses », in Jurisclasseur sociétés
- A. Martin-Serf « L'instrumentalisation du droit des sociétés », RJ com. 2002, p. 108
- Th. Massart « Sociétés- contrat de société », Répertoire de droit des sociétés Dalloz
- Th. Massart « La société sans apports », in Mélanges P. Didier, Economica 2008
- H. Matsopoulou « La dissolution pour mésentente entre associés », Rev. soc. 1998, p. 21
- H. Matsopoulou « Responsabilité pénale des personnes morales », Répertoire de droit des sociétés Dalloz
- J-CI. May « La société : contrat ou institution » in « Contrat ou institution: un enjeu de société » (coord. Br. Basdevant-Gaudemet), LGDJ 2004, p. 122
- B. Mercadal « La notion d'entreprise », in Mélanges J. Derrupé, 1991
- Ph. Merle « Contrat de management et organisation des pouvoirs dans la société anonyme », D. 1975, chronique 245
- J. Mestre « L'égalité en droit des sociétés (aspects de droit privé) », Rev. soc. 1989, p. 399



- J. Mestre « La société est bien encore un contrat » Mélanges Chr. Mouly, Litec 1998, p. 130
- J. Mestre « La société est bien encore un contrat spécial », in Mélanges M. Jeantin
- L. Milano « Sociétés coopératives et droits de l'homme », Journal des sociétés, juin 2008 p. 58
- N. Molfessis « Les sources constitutionnelles du droit des obligations », in « Le renouvellement des sources du droit des obligations », Association Henri Capitant, LGDJ 1997, p. 65
- J. Monnet « L'organisation de l'entreprise et l'interdiction d'augmenter les engagements des associés » in Mélanges J. Paillusseau, Dalloz 2003
- J. Monnet « La continuation de l'entreprise par un héritier », in « La réforme du droit des successions et la transmission des entreprises », LGDJ 2008, p. 77
- M.-H. Monserié-Bon « Sociétés à capital variable », Répertoire de droit des sociétés Dalloz
- M.-H. Monsérié-Bon « La société civile, outil de séparation des patrimoines », « Droit et patrimoine », n° 128, juillet-août 2004, p. 75
- P. Mousseron « Cession de contrôle », Répertoire de droit des sociétés Dalloz
- N. Nonorgne « L'apport partiel d'actif, technique de défense anti-OPA », Bull. Joly Bourse 2002, § 75, p. 397
- G. Notté « Les sociétés en sommeil », JCP CI, 1981, 13499
- D. Ohi « Valeurs mobilières », Répertoire de droit des sociétés Dalloz
- Cl. Ophèle « Simulation », Répertoire de droit civil Dalloz
- J. Paillusseau « Les fondements modernes du droit des sociétés », JCP 1984, I, 3148
- J. Paillusseau « Sécurité des montages de reprise au plan juridique », Bull. Joly soc. 1990, p. 849
- J. Paillusseau « Le droit moderne de la personnalité morale », RTD civ. 1993, p. 705
- J. Paillusseau « Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports? », Recueil Dalloz 1999, p. 157

- J. Paillusseau « L'enrichissement du droit et de la théorie juridique par la pratique professionnelle (un témoignage) », in Mélanges Cl. Champaud, Dalloz 1997, p. 483
- J. Paillusseau « La logique organisationnelle dans le droit : l'exemple du droit des sociétés », in Mélanges Beguin, Litec 2005, p. 567
- J..Paillusseau « La liberté contractuelle dans la société par actions simplifiée et le droit de vote », D.2008, chronique 1563
- G. Parléani- P. Le Cannu « Le financement du capital », Rev. soc. 2005, p. 13
- H. Pichard- B. Pichard « Le Family Buy Out : une technique innovante », JCP E 2008, 1534
- Y. Picod « Nullités », Répertoire de droit civil Dalloz
- A. Pietrancosta « Capital zéro ou zéro capital », in « Quel avenir pour le capital social », Dalloz 2004
- A. Pietrancosta « Usufruit et droit des sociétés », in Dossier Droit et Patrimoine sur l'usufruit, mai 2005
- A. Pirovano « Introduction critique au droit commercial contemporain », RTD com. 1984, p. 219
- A.Pirovano « La boussole de la société : intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise », D 1997, chronique 189
- B. Plagnet « Les enjeux fiscaux des sociétés civiles », Droit et patrimoine , n° 128, juillet-août 2004, p. 64
- D. Porrachia- L. Merland « LBO (Acquisition avec effet de levier) », Répertoire de droit des sociétés Dalloz
- D. Poracchia « La fusion rapide dans les LBO », Droit et patrimoine, oct. 2006, p. 71
- D. Porrachia- H. Lecuyer- A. Raymond « Relativité et opposabilité des pactes d'actionnaires », Droit et patrimoine, novembre 2009, p. 64
- P. Portier et R. Navalet- Nouhalier, dossier de la Revue de droit bancaire et financier, 2002, p. 227, sur le libre jeu des offres et des surenchères et la libre concurrence entre offres publiques
- J. Prieur « Société créée de fait », in Répertoire sociétés Dalloz
- J. Prieur, rapport de synthèse, in « Le salarié - sujet du droit des sociétés », colloque, Bull. Joly sociétés, juillet 2005

J. Prieur- J.-P. Ferret- F. Roussel « Aspects de droit des sociétés. Démembrement, utilisation du quasi-usufruit, montages », Droit et patrimoine, 1999, Dossier «Démembrement de propriété : stratégies actuelles et perspectives »

N. Reboul « Affectio societatis », in J-CI sociétés

N.Reboul « Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'affectio societatis », Rev. soc. 2000, p.433

Ph. Reigne-Th. Delorme « La nature nécessairement pécuniaire des avantages particuliers », Bull. Joly soc. 2002, p. 1117 suiv.

D. Reinhard- G. Podeur « Fiducie-gestion et pactes d'actionnaires », Bull. Joly soc. 2008, p. 652

I. Riassetto « Liberté contractuelle et stock-options », Bul. Lamy sociétés commerciales, février 2002

G. Ripert « L'ordre économique et la liberté contractuelle », Mélanges Gény, Sirey 1934, t. 2, p. 352

F. Rizzo « Le principe d'intangibilité des engagements des associés », RTD com 2000, p. 27

J. Rochfield « Cause », in Répertoire civil Dalloz, 2005

N. Rontchevsky « L'installation de l'autorité des marchés financiers », Bull Joly, Bourse 2004, p. 147

N.Rontchevsky « Le nouveau régime des offres publiques d'acquisition », RTD com. 2006, p. 437

N. Rontchevsky-J-P. Storck-M. Storck « Le réalisme du droit des marchés financiers », in Mélanges D. Schmidt, Joly éditeur 2005, p. 425

P. Rouast-Bertier « Société fictive et simulation », Rev. soc. 1993, p. 725

Ph. Puech - X. Vamparys « La clause de sortie en bourse », Bull. Joly sociétés 2008, p. 262

B. Saintourens « La flexibilité du droit des sociétés », RTD com. 1987, p. 457

B. Saintourens « Société civile », Répertoire de droit civil Dalloz

M.-M. M. Salah « Les transformations de l'ordre public : vers un ordre public régulateur ? » in Mélanges G. Farjat, éditions Frison –Roche 1999, p. 261

R. Savatier « L'ordre public économique », Dalloz 1965, chronique 37

S. Schiller « Pactes d'actionnaires (Clauses statutaires et pactes extrastatutaires) », Répertoire de droit des sociétés Dalloz

S.Schiller et Kerfant « Stock-options et actions gratuites », Actes pratiques, mai-avril 2008

- D. Schmidt « Les opérations de portage de titres de sociétés », in « Les opérations fiduciaires », LGDJ 1985
- D. Schmidt « Le partage entre régulation interne et régulation externe des sociétés », in M.-A. Frison-Roche (dir.) « Les enjeux de la pénalisation de la vie économique », Dalloz 1997, p. 33
- D. Schmidt- N. Rontchevsky « Action de concert », Répertoire de droit des sociétés Dalloz
- E. Scholastique « L'administrateur indépendant. Quelle indépendance? » in dossier du Cahier du droit d'entreprise sur la gouvernance d'entreprise 2005, n° 5
- P. Serlooten « Groupe de sociétés (régime fiscal) », Répertoire de droit des sociétés Dalloz
- P. Serban-Schreiber « La fiducie : d'un moyen de gestion à une arme anti-OPA ? », JCP E 2007, Etude 2056
- J-P Sortais « Constitution des sociétés », Répertoire de droit des sociétés Dalloz
- J-P Sortais « Abus de droit (majorité, minorité, égalité) », Répertoire de droit des sociétés Dalloz
- J.-P. Sortais « Protection des minoritaires (droit des sociétés et droit boursier) », Répertoire de droit des sociétés Dalloz
- F. Stasiak « Délit et manquement boursier », Répertoire de droit des sociétés Dalloz
- J. -P. Storck « La continuation d'une société par l'élimination d'un associé », Rev. soc. 1982, p. 233
- J.-P. Storck « La validité des conventions extrastatutaires », D. 1989, chronique, p. 268
- J.-P. Storck « Le contrat de participation », Etudes Alfred Rieg, Bruylant 2000, p. 767
- M. Storck « Les groupements de copropriétaires d'actions », Rev. soc. 1983, p. 293
- M. Storck « Définition légale du contrôle d'une société en droit français », Rev. soc. 1986, p.385
- M. Storck « La réglementation des conventions de vote », R. j. com. 1991, p. 97
- M. Storck « Gouvernement d'entreprise et gestion collective », Etudes offertes à J. Beguin, Litec 2005, p. 701

- M. Storck « Propositions », in « Quatre vingt ans de la Semaine juridique », 2008, p. 80
- M. Storck « L'indivision successorale et la transmission d'entreprises », Les Pet. Aff. 28 juin 2007
- M. Storck « Le risque- 10 ans après l'affaire Enron », rapport de synthèse, JCP E 2012, p. 1393
- A. Supiot « Groupe de sociétés et paradigme de l'entreprise », RTD com. 1985, p. 621. suiv.
- H. Synvet « Sociétés », in Répertoire droit international Dalloz
- G. Taormina « Réflexion sur l'aggravation des engagements de l'associé », Rev. soc. 2002, p. 27
- F.-X. Testu « Indivision », Répertoire civil Dalloz
- F.-G.. Trébulle « Stakeholders Theory et droit des sociétés », Bull. Joly 2006 p.2337, 2007 p.1
- I. Urbain-Parléani « Convention de croupier et société en participation », Bull. Joly soc., p. 752
- R.Vatinet « Le clair-obscur des stock-options à la française », Rev. soc. 1991, p.36
- R. Vatinet « Les stock-options », Rev. soc. 2007, p.581
- H. de Vauplane -J. J. Daigre « OPA, mesures défensives, Bons Plavix », Banque et droit n° 95, mai-juin 2004, 33
- D. Velardocchio « Dividendes », Répertoire de droit des sociétés Dalloz
- E. Vernier « Techniques de blanchiment et moyens de lutte », Dunod 2008, 2e édition
- A. Viandier « Observations sur les conventions de vote », JCP E, 1986, 15405, p. 179
- A.Viandier « Le droit des sociétés à l'épreuve des offres publiques », Rev. de jurispr. com. 2000, p. 243
- A. Viandier « Les actions de préférence », JCP E 2004, p. 1258
- G. Wicker « Personnes morales », Répertoire civil Dalloz
- E. Wymeersch « Les défenses anti-OPA après la 13e directive », Mélanges Stoufflet, LGDJ-PU Clermont Ferrant 2001, p. 397 suiv.
- F. Zenati « Usufruit des droits sociaux », Répertoire de droit des sociétés Dalloz

## 2/ En grec

- K. Alepakos « La levée de la personnalité morale (approche théorique et pratique) », 3e Congrès des commercialistes grecs, p. 249
- K. Alepakos, commentaire des art. 25-27 L2190/1920 (sur la convocation de l'assemblée et les publicités imposées), in "Droit de la société anonyme" (dir. E. Perakis), t. 4, Nomiki Vivliothiki 2000, 2<sup>e</sup> édition, p. 37
- Ch. Anthopoulos « L'effet horizontal des droits fondamentaux comme principe constitutionnel », DEA 2002, p. 677
- V. Antonopoulos, consultation, DEE 2003, p. 1285
- V. Antonopoulos « La modification récente de la L.2190/1920 concernant l'étape de constitution de l'AE », Episk. E. D. 2008, p. 331
- L. Athanassiou, commentaire de l'art. 7d L2190/1920 (sur les actes juridiques durant la période de formation de la société anonyme), in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 2A, Nomiki Vivliothiki 2002, 2<sup>e</sup> édition, p. 183 suiv.
- L. Athanassiou « Introduction des membres non exécutifs au conseil d'administration des sociétés cotées : obligations et responsabilité », EEmpD 2003, p. 288
- L. Athanassiou «Le contrat de gestion de société (management contract) », El. Dik. 2004, p. 973,
- D. Avgitidis, observations sous Mon. Prot. (TI) Athènes 9291/1993 EEmpD 1993, p. 222 suiv., p. 421
- D. Avgitidis, Episk. E.D. 1997, p. 75 levée de personnalité morale
- D. Avgitidis « Sociétés anonymes avec des actions admises à la Bourse », in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 1, éd. Nomiki Vivliothiki 2002, 2<sup>e</sup> édition, p. 191
- D. Avgitidis « Entreprises liées et droit des sociétés », ibid, p. 253 suiv.
- D. Avgitidis, introduction au commentaire des art. 25-35 L2190/1920, in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 4, Nomiki Vivliothiki 2000, 2<sup>e</sup> édition, p. 23
- D. Avgitidis, commentaire de l'art. 29 L2190/1920 (quorum pour la prise de décisions par l'assemblée ordinaire et celle extraordinaire), ibid, p. 113
- D. Avgitidis, commentaire de l'art. 30 L2190/1920 (les droits découlant de l'action), ibid, p. 121

- D. Avgitidis, commentaire des art. 31-32 L2190/1920 (majorités exigées pour la prise des décisions par l'assemblée ordinaire et extraordinaire et livre de procès verbal), *ibid*, p. 161
- D. Avgitidis « Mesures défensives contre l'offre publique d'achat » (consultation), DEE 2007, p. 1032
- D. Avgitidis « La conclusion de contrats d'échange sur actions (equity swaps) comme fraude à l'obligation de dépôt d'offre publique » (consultation), *Chr. D.* 2009, p. 239
- A. Bechlivanis « La prohibition de retour du patrimoine social aux actionnaires » *Episk. E.D.* 1999, p. 673
- A. Bechlivanis « Questions spéciales autour de la prohibition du retour du patrimoine de la société anonyme aux actionnaires », *Chr. I. D.* 2003, p. 212
- K. Botopoulos « La protection de l'action et l'art. 17 de la Constitution », *El. D/ni* 1996, p. 274
- M. Bouloukos-A. Kitsou « La société européenne », *Peir. Nom.* 2004, p. 361
- V. Christianos « La protection de l'investisseur comme consommateur dans le droit communautaire », rapport au 11e congrès des commercialistes grecs, 2002, p. 279
- K. Christodoulou « Titres d'obligations dématérialisés », *El. Dik.* 2004, p. 856
- Ph. Christodoulou « Prolégomènes à la problématique des sociétés off-shore », DEE 2001, p. 568
- Chr. Chryssanthi, introduction au commentaire des art. 66-89 L2190/1920 (restructurations des AE), in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 8, *Nomiki Vivliothiki* 2004, 2<sup>e</sup> édition, p. 27
- N. Davrados « Entreprises liées et droit des sociétés », in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), *Nomiki Vivliothiki* 2010, 3<sup>e</sup> édition, t. 1, p.
- I. Dimaki « La responsabilité pénale de la société », rapport au 12e congrès de droit commercial
- K. Djoufas « L'action de concert » DEE 2003
- Ph. Doris, observations sous *Areios Pagos (As. Pl.)* 26/1998, No V.1999, p. 234 *EEmpD* 1998, p. 553
- Ph. Doris « La responsabilité du vendeur de bloc d'actions », in 10e Congrès des commercialistes grecs, « Le rachat d'entreprises », 2000, *Nomiki Vivliothiki*
- V. Douvlis « L'apport du droit de l'entreprise dans les solutions du problème de la société unipersonnelle », in *Mélanges K.Rokas*, 1985, p. 125

V. Douvlis « L'influence du droit communautaire » in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 1, Nomiki Vivliothiki 2002, 2e édition, p. 105

P. Drakopoulos « Sociétés anonymes étrangères » (commentaire des art. 50, 50a L2190/1920), in «Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 7, Nomiki Vivliothiki 2005, 2<sup>e</sup> édition, p. 155

P. Drakopoulos « La surveillance étatique sur les AE » (commentaire des art. 51-53 L2190/1920), *ibid*, p. 211

I. Dryllerakis, commentaire des art. 41-44 L2190/1920 (droit comptable), in E. Perakis (dir.) « Droit de la société anonyme », t. 5, éd. Nomiki Vivliothiki 2004, 2e édition

Th. Fortsakis « L'autonomie du droit fiscal », in « Le rapport mutuel entre le droit privé et le droit fiscal », Colloque à Nafplio, éd. Ant. N. Sakkoulas, 2006

A.Gazis- Th.Liakopoulos- M.Chiotelis (consultation pour la possibilité d'une « levée amicale » de la personnalité morale d'une société), *E.Emp D.* 1993, p.659

L. Georgakopoulos, commentaire de l'art. 784 AK (acquisition de la personnalité morale), in « Astikos Kodikas », commentaire sous la direction d'Ap. Georgiadis – M. Stathopoulos, t. 4, p.

L. Georgakopoulos « L'ordre juridique de la concurrence », *Nov. V.* 1987, p. 879

L. Georgakopoulos « La clause « de groupe d'entreprises liées » dans les contrats d'entreprise et adjudications », *DEE* 1999, p. 463

St. Georgradis- S.Gratsias « Distribution d'actions de société anonyme aux membres du conseil d'Administration et à son personnel », *DEE* 2001, p.1079

St. Georgiadis « Le contrat de direction et de gestion d'une entreprise (management agreement) *Chr. I. D.* 2003, p. 603

Ang. Georgiadou, commentaire de l'art. 3 AK sur les règles de droit d'ordre public, in Ap. Georgiadis- M. Stathopoulos (dir.) « Astikos Kodix », t. 1, p. 8

A. Gerontas « Le principe de proportionnalité et l'effet horizontal des droits fondamentaux », in « Cinq ans après la réforme constitutionnelle de 2006 » (dir. X. Kontiadis), t. 1, p. 499

E. Gologina-Ikonomou, commentaire de l'art. 23a L2190/1920 (conventions des administrateurs avec leur société), in in E. Perakis (dir.) « Droit de la société anonyme», t. 3, Nomiki Vivliothiki 2000, 2e édition, p. 235

E. Gologina-Oikonou « Les prêts des actionnaires comme gage des créanciers », *EpiskED.* 2002, p.



- A. Gouskou-Selekou, commentaire de l'art. 13 par. 9 L2190/1920 (stock-options), in E. Perakis (dir.) « Droit de la société anonyme », t. 2B, Nomiki Vivliothiki 2004, 2e édition, p. 260
- Ang. Gouskou « La rémunération des membres du conseil d'administration par le moyen des stock-options » in « Questions du nouveau droit de la société anonyme » (dir. M-Th. Marinos), éd. P.N. Sakkoulas 2009, p.218
- Ch. Hadjiemmanouil « L'égal traitement des actionnaires des sociétés cotées. Droit général des sociétés et régulations boursières spéciales », in « La Bourse et la protection des investisseurs », 2001, p. 85
- K. Hadjigayos, commentaire des art. 15b-17 L2190/1920 (souscription et acquisition par la société anonyme de ses propres actions ou des actions d'une société mère par une filiale), in E. Perakis (dir.) « Droit de la société anonyme », t. 2B, Nomiki Vivliothiki 2004, 2e édition, p. 313
- K. Kafkas « Les règles de droit d'ordre public », Archeion Nomologias 1956, p. 66
- I. Kamtsidou « Réflexions sur les dimensions institutionnelles et politiques de l'indépendance des autorités administratives indépendantes », in « Les autorités indépendantes » (dir. Ph. Koziris-S. Meglidou), éd. Sakkoula 2003, p. 141.
- A. Karagounidis, commentaire de l'art. 4a L2190/1920 (nullité de la société anonyme) in « Le droit de la société anonyme » (dir. E.Perakis), t. 1, Nomiki Vivliothiki 2002, 2e édition, p. 537
- A. Karagounidis, commentaire de l'art. 77 L2190/1920 (nullité de la fusion), in « Le droit de la société anonyme » (dir. E.Perakis), t. 8, Nomiki Vivliothiki 2004, 2e édition, p. 195
- A. Karagounidis, commentaire de l'art. 78 L2190/1920 (fusion-absorption d'une AE par sa société mère à 100 pour 100), ibid, p. 257
- A. Karagounidis, commentaire de l'art. 87 L2190/1920 (scission simplifiée d'une AE dont toutes les actions sont possédées par les sociétés bénéficiaires), ibid, p. 397
- K. Karayannis « La fraude à la loi comme problème de méthodologie du droit », EEN 1997, p. 205
- G. Kassimatis, chronique sur la protection des actions par la CEDH, EEmpD 1999, p. 189
- E. Kastrinaki « Problèmes d'organisation sociétaire en vue d'une offre publique hostile d'achat », rapport au 13e Congrès de droit commercial

- A. Kefaleas « Pactes extrasociétaires entre actionnaires de société anonyme », EEmpD 1971, p. 179
- V. Kiantos « Du droit de résiliation de la société anonyme par l'actionnaire », Armenopoulos 1978, 293
- A. Kiantou-Pambouki « Les facteurs influençant le choix de type social », Armenopoulos 1974, p. 1
- A. Kiantou-Pambouki « La levée de personnalité morale », Arm. 1993, p.877
- A.Kiantou-Pambouki « La société unipersonnelle à responsabilité limitée » EpiskED 1997, p.801
- S. Kintis, commentaire des art. 35a, 35b, 35c L2190/1920 (les décisions défectueuses des assemblées selon le droit avant la réforme de 2007), in «Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 4, Nomiki Vivliothiki 2000, 2<sup>e</sup> édition, p. 225
- D. Kioussopoulos, conclusions pour Areios Pagos Ass. Pl. 387/1956, Archeion Nomologias 1956, p. 657
- L. Kokkinis, introduction au commentaire des art. 8-17a L2190/1920 (constitution et protection du capital de l'AE, actions), in «Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 2A, Nomiki Vivliothiki 2002, 2<sup>e</sup> édition, p. 209
- L. Kokkinis, commentaire de l'art. 8 L2190/1920 (souscription et libération du capital de l'AE), ibid, p. 227
- L. Kokkinis, commentaire de l'art. 11a L2190/1920 (les actions comme divisions du capital, comme rapports juridiques d'actionnaire et comme titres et sociétés avec des actions obligatoirement nominatives), ibid, p. 497
- L. Kokkinis, commentaire de l'art.14 L2190/1920 (valeur nominale des actions), in «Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 2B, Nomiki Vivliothiki 2004, 2<sup>e</sup> édition, p. 271
- L. Kokkinis, commentaire de l'art. 28 L2190/1920 (participation de l'actionnaire à l'assemblée), in «Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 4, Nomiki Vivliothiki 2000, 2<sup>e</sup> édition, p. 95
- L. Kokkinis, commentaire des art. 33-34 L2190/1920 (compétences de l'assemblée), ibid, p. 173
- M. Kordi-Antonopoulou « La défense de la société face à l'offre publique d'achat (la décision EK 1/193/19.7.2000) », E.Emp.D. 2004, p. 270
- L..Kotsiris « Le principe de la liberté contractuelle dans les types sociétaires », EEN 1961, p.816

- L. Kotsiris « Qualification d'un actionnaire comme coassocié » (consultation), Armenopoulos 1980, p. 949
- L. Kotsiris « Réflexions sur le noyau substantiel de la propriété sur actions », Armenopoulos 1986, p. 661
- L. Kotsiris « Attribution judiciaire d'entreprise commerciale », in « Questions de droit », t. 2, 1995, p. 421
- L. Kotsiris « Délibérations inexistantes et nulles des organes de l'AE » (consultation), EEmpD 1997, p. 842
- L. Kotsiris « AE coopérative –actions grevées de clause d'agrément-obligations accessoires des actionnaires » (consultation), DEE 1997, p. 449
- L. Kotsiris « La notion d'offre publique d'achat », consultation, EEmpD 2000, p. 843
- L. Kotsiris « Suppression de droit de préférence en cas de cession d'actions », DEE 2000, p. 1062 suiv.
- L. Kotsiris « L'exercice du droit de vote en cas de constitution d'usufruit sur actions nominatives », consultation, EEmpD 2002, p. 221
- L. Kotsiris « La responsabilité sociale des sociétés », rapport au 15<sup>e</sup> Congrès des commercialistes grecs (2005), reproduit in « Problèmes contemporains de droit commercial », éd. lus, p. 169
- L.Kotsiris « Le pouvoir majoritaire dans l'AE sous le contrôle de l'abus », consultation, E.Emp.D.. 2005, p.166
- L. Kotsiris «Pacte entre l'ensemble des actionnaires comme fondement de contrat de vente d'actions », EEmpD 2006, p. 237
- S. Koussoulis « Annexe A [au commentaire de l'art. 8b L2190/1920]- Les voies d'exécution avec comme objet des actions », in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 2A, Nomiki Vivliothiki 2002, 2<sup>e</sup> édition, p. 397
- K. Kremalis-E. Skyllakou in « Droit de la société anonyme» (dir. E. Perakis), t. 1, Nomiki Vivliothiki 2002, 2e édition, p. 279 suiv.
- Th. Liakopoulos, commentaire de l'art. 755 AK (droits d'information de l'associé) in Astikos Kodikas ( commentaire par article -dir. Ap. Georgiadis – M. Stathopoulos), t. 4, éd. P. N. Sakkoula 1982, p. 240
- Th. Liakopoulos, commentaire des art. 763-764 AK (participations aux bénéfices et aux pertes, prohibition des clauses léonines), ibid. p. 299

- Th. Liakopoulos « Problèmes contemporains du droit des sociétés de capitaux : entre positivisme juridique et réalisme » in « Problèmes de droit commercial », t. 4, 1997, p. 156
- Th. Liakopoulos « Les rapports juridiques dans l'AE dès sa formation », éd. Sakkoula 1982
- Th. Liakopoulos « Principes et perspectives du droit boursier », rapport au 9<sup>e</sup> Congrès des commercialistes grecques, DEE 1999, p. 241
- N. Livos « Droit pénal de l'AE », in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), 1<sup>e</sup> édition 1992, t. 1.
- L. Margaritis- K. Hadjikonstanti- G.Dellis, art. 54-65 L2190/1920 (droit pénal des AE), in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 7, Nomiki Vivliothiki 2005, 2<sup>e</sup> édition, p. 371
- M-Th. Marinos « Droits et obligations des associés en nom », in « Droit des sociétés de personnes » (dir. N. Rokas), Nomiki Vivliothiki 2001, t. 1, p. 72
- M. Th. Marinos, commentaire de l'art. 23 L2190/1920 (prohibition de principe aux administrateurs de concurrencer la société), in E. Perakis (dir.) « Droit de la société anonyme », t. 3, Nomiki Vivliothiki 2000, 2<sup>e</sup> édition, p. 217
- M.-Th. Marinos, commentaire des art. 66-67 L2190/1920 (transformations), in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 8, Nomiki Vivliothiki 2004, 2<sup>e</sup> édition, p. 83
- M.-Th. Marinos « Les pactes entre actionnaires comme moyen d'organisation et de planification », rapport au 13<sup>e</sup> Congrès de droit commercial, 2003
- M. Th. Marinos « Le conseiller dirigeant comme organe subalterne. Délégation de pouvoirs par le conseil d'administration et conséquences légales de l'omission de sa nomination » (consultation), Chr. I. D. 2007, p. 274
- I. Markou, commentaire à l'art. 30b L2190/1920 (restrictions au pouvoir des banques de voter en tant que représentants des actionnaires), in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 4, Nomiki Vivliothiki 2000, 2<sup>e</sup> édition, p. 149
- I. Markou, commentaire de l'art. 35 L2190/1920 (exonération des administrateurs et commissaires de leur responsabilité par décision de l'assemblée), *ibid*, p. 199
- I.Markou « Le caractère du rapport juridique d'administration de l'AE », El. D/ni 2000, p.293
- I. Markou « La société anonyme comme institution du marché », EEmpD 2000, p. 663

- I. Markou « Le devoir de loyauté dans la société anonyme “publique” », EEmpD 2002, p. 1
- I. Markou « Problèmes fondamentaux du droit des sociétés », in Mélanges K. Pamboukis 2003, p. 235
- I. Markou « Mythes et réalité dans le gouvernement d’entreprise de la loi 3016/2002 », El. Dik. 2004, p. 1273
- I. Markou « Représentant sur fondement de procuration et organe d’AE », consultation, Chr. I. D. 2007, p. 660
- I. Markou, consultation, E. Tr. Ax. Chr. D. 2007, p. 837
- I. Markou « Memorandum of Understanding. Pacte de coopération entre actionnaires. Engagement juridique résultant des déclarations », El. D/ni 2010, p. 344
- Chr. Mastrokostas « La liberté d’aménager les droits de nomination et de révocation des membres du Conseil d’administration », Chr. I. D. 2004, p. 289
- Chr. Mastrokostas « L’intervention judiciaire par le moyen du référé dans le contentieux sur la composition des organes sociaux »- rapport au 14<sup>e</sup> Congrès de droit commercial
- P. Mazis « La simulation dans les sociétés en nom et commandites et la protection des tiers à son égard », E.Emp. D. 1976, p.15 suiv, 187 suiv
- A. Metallinos, commentaire de l’art. 6 L2190/1920 (sur le siège social et ses effets en droit interne et droit international privé) in «Droit de la société anonyme» (dir. E. Perakis), t. 1, Nomiki Vivliothiki 2002, 2<sup>e</sup> édition, p. 663 suiv.
- G. Michalopoulos « L’entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée », EEmpD 1987, p.343
- G. Michalopoulos « Problèmes des pactes extrasociétaires », EEmpD 1992, p. 345
- G. Michalopoulos, commentaire de l’art. 8 L 3190/1955, in « Droit de l’EPE » (dir. E. Perakis), Nomiki Vivliothiki 1994, p. 152
- G. Michalopoulos « Annexe B [au commentaire de l’art. 8b L2190/1920]. L’exploitation illégale d’informations confidentielles (Insider Trading) » in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 2A, Nomiki Vivliothiki 2002, 2<sup>e</sup> édition, p. 409
- G. Michalopoulos « De la rigueur statutaire à l’osmose avec les pactes extrasociétaires », in 18<sup>e</sup> Congrès grec de droit commercial, éd. Nomiki Vivliothiki 2008, p. 145

A. Mikroulea, commentaire de l'art. 10 L2190/1920 (sur les conventions entre AE et actionnaires suspectes de viser au retour de valeur aux premiers), *ibid*, p. 455

A. Mikroulea, commentaire de l'art. 76 L2190/1920 (responsabilité des administrateurs en cas de fusion), in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 8, Nomiki Vivliothiki 2004, 2<sup>e</sup> édition, p. 183

A. Mikroulea, commentaire de l'art. 80 L2190/1920 (fusion par constitution d'une nouvelle AE), *ibid*, p. 315

M. Minoudis, commentaire des articles 741 suiv. (sur la société du Code civil grec-AK), in « Astikos Kodikas » (commentaire par article sous la direction d'Ap. Georgiadis-M. Stathopoulos), éd. P. N. Sakkoula, 1982, t. 4, p.1 suiv.

S. Mousoulas « L'application du principe de l'autonomie de la volonté en droit de l'AE », rapport au 4<sup>e</sup> Congrès de droit commercial (1994)

S. Mousoulas EpiskED 2004, p. 558

S. Mousoulas, commentaire des art. 18-22a (art. 18 avec S. Koussoulis – conseil d'administration), in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis) t. 3, Nomiki Vivliothiki 2000, 2<sup>e</sup> édition, p. 25

S. Mousoulas, commentaire des art. 68-75 L2190/1920 (fusions), in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 8, Nomiki Vivliothiki 2004, 2<sup>e</sup> édition, p. 99

S. Mousoulas, commentaire de l'art. 79 L2190/1920 (des actes juridiques assimilés aux fusions-absorptions), *ibid*, p. 265

S. Mousoulas, commentaire des art. 81-86, 88-89 L2190/1920 (scission des AE), *ibid*, p. 349

P. Mülbart « La société anonyme et le marché financier – la protection de l'investisseur », rapport au 11<sup>e</sup> Congrès de droit commercial, 2002

E. Nissyraios « L'évolution historique de la société anonyme. L'institution de la société anonyme en général », in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 1, Nomiki Vivliothiki 2002, 2<sup>e</sup> édition, p. 57

E. Nissyraios, commentaire de l'art. 1 L2190/1920 (commercialité et personnalité morale de l'AE), *ibid*, p. 339

E. Nissyraios, commentaire de l'art. 2 L2190/1920 (sur les éléments obligatoires des statuts de la société anonyme), *ibid*, p. 349

E. Nissyraios, commentaire des art. 12 (libération partielle du capital), 15 (parts de fondateurs), 15a (amortissement du capital) L2190/1920, in E. Perakis (dir.) « Droit de la société anonyme », t. 2B, Nomiki Vivliothiki 2004, 2<sup>e</sup> édition, p. 35, 279

- S.Pagoni « La société anonyme unipersonnelle comme réalité contemporaine du droit grec des sociétés », E.Tr.Chr.D 2006 p.849
- Ch. Pamboukis, rapport sur la levée de la personnalité morale au 17ème congrès de droit commercial
- Chr. Pamboukis « Les sociétés off-shore et le droit international privé grec », DEE 2001, p. 965 suiv
- K.Pamboukis « La société unipersonnelle », E.Emp.D 1966, p.185
- K. Pamboukis « La société irrégulièrement constituée comme société anormale », in mélanges K. Karavas, t. 2, p. 1021
- K. Pamboukis « Attribution judiciaire d'entreprise dans le cas de dissolution de société », in Mélanges A. Tsirintanis, 1980, p. 119
- K. Pamboukis « Participation simulée à une société commandite », El. Dik. 1989, p. 927
- K. Pamboukis « Blocage ex post de la cession d'actions et agissements connexes », in rapport au 4ème congrès de droit commercial, éd. Sakkoula 1994, p.59
- K. Pamboukis « Le principe d'égal traitement des actionnaires », Armenopoulos 1994, p. 893
- K. Pamboukis « Séparation d'une partie du patrimoine d'une société anonyme dans le but de la création d'une nouvelle société anonyme » (consultation), EpiskED 1996, p. 317
- K. Pamboukis « L'unité économique du groupe de sociétés et ses conséquences juridiques » (consultation), Episk.ED 1999, p. 901
- K.Pamboukis « L'intérêt social général comme idée centrale dans l'institution de la gouvernance d'entreprise », Episk ED 2003, p.693
- N. Pantazopoulos « Formes d'organisation corporatiste des marins et marchands grecs dans la dernière période de la domination turque », in Mélanges N. Deloukas, p. 738
- I. Papadakis « La restriction d'ordre public de la liberté contractuelle », Armenopoulos 5, p. 124
- P. Papadrossou-Archaniotaki « Participation de société dépendante dans le capital de la société anonyme qui la contrôle », Episk. E.D. 2001, p. 868
- M. Papantoni, commentaire de l'art. 8a L2190/1920 (souscription du capital par appel public à l'épargne), in « Droit de la société anonyme »( dir. E. Perakis), t. 2A, Nomiki Vivliothiki 2002, 2<sup>e</sup> édition, p. 297

- M. Papantoni, observations sous Areios Pagos (As. Pl.) 26/1998, EEmpD 1998, p. 553
- T. Papadimitriou « Le contrôle administratif sur les sociétés anonymes », No.V. 1979, p.1205
- I. Papadimopoulos « Le droit de squeeze-out et de sell-out sous la lumière de la directive 2004/25/CE relative aux offres publiques d'acquisition », DEE 2005, 396
- E. Perakis « Le problème de la société inerte [en sommeil] », EEmpD 1980, p. 361
- E. Perakis « Introduction », in « Droit de l'EPE [SARL grecque] » (sous sa direction), Nomiki Vivliothiki 1994
- E. Perakis « La morphologie des rachats », in 10e Congrès des commercialistes grecs « Le rachat d'entreprises », 2000, Nomiki Vivliothiki, p. 15
- E. Perakis « Introduction générale au droit de la société anonyme » in « Droit de la société anonyme » (sous sa direction), t. 1, Nomiki Vivliothiki 2002, 2<sup>e</sup> édition, p. 35
- E. Perakis « Introduction aux chapitres 5, 13, 14 L2190/1920 » (droit comptable), in « Droit de la société anonyme » (sous sa direction), t. 5, Nomiki Vivliothiki 2004, 2<sup>e</sup> édition, p. 37
- E. Perakis « Aménagements statutaires de la société anonyme », rapport au 13e Congrès de droit commercial (2003), reproduit in DEE 2004, p. 371
- E. Perakis « Conceptions modernes sur le capital social », in Mélanges K. Pamboukis, 2006
- E. Perakis « La dépendance mutuelle du droit commercial et du droit fiscal », in « Le rapport mutuel entre le droit privé et le droit fiscal », Colloque à Nafplio, éd. Ant. N. Sakkoulas, 2006.
- E. Perakis « Aménagements statutaires possibles après la loi 3604/2007 », Episk.E.D. 2008, p. 317
- T. Polydorou « Offre publique d'achat d'actions d'une AE ; de l'obligation de neutralité du conseil d'administration », Nom Epith. 2003, p. 153
- S. Pshychomanis « La société de personnes défectueuse », EEmpD 1983, p. 587



- S. Psychomanis « La constitution de la société en nom collectif », in « Droit des sociétés de personnes » (dir. N. Rokas), Nomiki Vivliothiki, 2001, t. 1, p. 33
- I. Rokas « Les échanges intragroupe du point de vue du droit matériel et du droit fiscal », 13 Congrès de droit commercial, 2004, p. 439.
- N. Rokas, consultation pour 5079/2002 Mon. Prot. (TI) d'Athènes, EEmpD 2002, p. 572
- N. Rokas, consultation pour Epheteio (CA) Athènes 7119/2004, EEmpD 2005, p. 54
- N. Rokas «Les conventions de l'actionnaire dominant avec la société anonyme», in Mélanges A. Loukopoulos, 1993, p. 15 suiv.
- P. Selekos, remarques introductives au commentaire des art. 7a-7c L2190/1920 (sur la publicité des sociétés anonymes), in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 2A, Nomiki Vivliothiki 2002, 2<sup>e</sup> édition, p. 39
- E. Skalidis « Propriété d'actions nominatives de société anonyme fermée, non cotée, séparée de leur usufruit », DEE 2007, p. 277
- Th. Skouras, commentaire de l'art. 30a L2190/1920 (droit de vote en cas d'usufruit ou nantissement sur actions), in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 4, Nomiki Vivliothiki 2000, 2<sup>e</sup> édition, p. 129
- Th. Skouras, commentaire des art. 47-49 L2190/1920 (dissolution et liquidation des AE), in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 7, Nomiki Vivliothiki 2005, 2<sup>e</sup> édition, p. 33
- G. Sotiropoulos, remarques introductives au commentaire des articles 3-3a L2190/1220 sur le financement de la société anonyme in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 1, Nomiki Vivliothiki 2002, 2<sup>e</sup> édition, p. 373
- G. Sotiropoulos, commentaire de l'art. 3 L2190/1920 (sur les actions privilégiées), *ibid*, p. 381
- G. Sotiropoulos, commentaire des art. 3a-3c L2190/1920 (sur les obligations émises par les sociétés anonymes), *ibid*, p. 435
- G. Sotiropoulos, commentaire de l'art. 4 L2190/1920 (sur la constitution de la société anonyme et son contrôle administratif, les modifications des statuts et la réduction du capital), *ibid*, p. 489
- G. Sotiropoulos, commentaire des art. 44a-46a (protection du capital social, droit aux bénéfices, distribution de dividendes), 90-109 (comptes consolidés des entreprises liées) L2190/1920, in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 5, Nomiki Vivliothiki 2004, 2<sup>e</sup> édition, p. 497

- G. Sotiropoulos in « Droit des sociétés de personnes » (dir. N. Rokas), t. 2, p. 859
- G.Sotiropoulos « Distribution d'actions à des membres de l'administration et au personnel d'AE de provenance de capitalisation de bénéfice », Episk ED. 2006, p.1001
- I. Soufleros « Acquisition de contrôle d'entreprise par le moyen de transactions boursières ou d'offre publique d'achat ou d'échange et contrôle préventif de concentration », EEmpD 2002, 694
- I. Soufleros « La filiale commune » in « L'organisation de l'entreprise des sociétés de capitaux », 13e congrès de commercialistes grecs
- .I. Spyridakis, observations sous Areios Pagos (Ass. PI). 425/1983, No. V. 1983, p. 1595
- A. Spyridonos « La protection des actionnaires minoritaires face aux pactes extrasociétaires », DEE 2004, p. 641
- Spyropoulos « La sauvegarde du capital social par le biais de la prohibition de l'acquisition, souscription et possession des actions d'une AE mère par une filiale », DEE 2004, 528
- Ph. Spyropoulos - G. Michalopoulos « Questions constitutionnelles du droit de la société anonyme », in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 1, Nomiki Vivliothiki 2002, 2<sup>e</sup> édition, p. 305
- M. Stathopoulos « La distinction entre indivision et société- des cas limites » (consultation), DEE 1998, p. 1040
- V. Stoïkos « Sur les membres indépendants non exécutifs du conseil d'administration », EpiskED 2003, p. 1009
- N. Tellis « Le contournement des clauses d'agrément des actions nominatives », rapport au 4<sup>e</sup> Congrès des commercialistes grecs, 1995, p. 51
- N. Tellis « L'obligation de loyauté de l'actionnaire et notamment de celui de minorité », Episk ED, p. 907
- G. Triantafyllakis, commentaire de l'art. 13 L2190/1920 (augmentation du capital - sauf par. 9 sur les stock-options), in E. Perakis (dir.) « Droit de la société anonyme », t. 2B, Nomiki Vivliothiki 2004, 2e édition, p. 63
- G. Triantafyllakis « Responsabilité d'actionnaire exerçant son influence sur l'administration d'une société anonyme », Chr. I.D. 2003, p. 673
- M. Tsikouri, commentaire de l'art. 9 L2190/1920 (évaluation des apports en nature), in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 2A, Nomiki Vivliothiki 2002, 2<sup>e</sup> édition, p. 425

- D. Tsimbanoulis, commentaire de l'art. 53a L2190/1920 (AE bancaires, compagnies d'assurance, AE s'activant sur le marché financier et la surveillance étatique spéciale sur elles), in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 7, Nomiki Vivliothiki 2005, 2<sup>e</sup> édition, p. 249
- D. Tsimbanoulis « L'étendue de la compétence de la Commission du marché financier pour la surveillance de sociétés avec des valeurs mobilières cotées à la Bourse d'Athènes », DEE 2001, 843
- S. Tsirou « Le cadre législatif du squeeze-out et du sell-out », DEF 2008, 803
- E. Tziva « L'exercice d'activité commerciale par personne interposée », Armenopoulos 1984, p. 441
- E. Tziva « Société anonyme unipersonnelle et quasi-unipersonnelle », Arm. 1985, p.804
- D. Tzouganatos « Procuracy et représentation organique des sociétés commerciales », Diki 1997, p. 1052
- E. Vassilakakis « L'évolution jurisprudentielle de la propriété selon l'art.1 du 1er Protocole additionnel CEDH », Chr. I. D. 2002, p. 201
- Y. Velentzas « La protection du marché financier face aux actes de personnes détenant des informations privilégiées et actes de manipulation du marché », E. Tr. Ax. Chr. D. 2006, p. 3
- I. Venieris, commentaire des art. 47-49c L2190/1920, in « Droit de la société anonyme », dir. E. Perakis, t. 2, Nomiki Vivliothiki 2012, p. 1829 suiv.
- N. Vervessos « Annexe à l'art. 8 [L2190/1920] » (la sous-capitalisation des AE), in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 2A, Nomiki Vivliothiki 2002, 2<sup>e</sup> édition, p. 269
- N. Vervessos, commentaire de l'art. 8b L2190/1920 (transmission des actions nominatives), *ibid*, p. 321
- R. Yovannopoulos, commentaire des art. 7a-7b L2190/1920 (sur les formalités de publicité des sociétés anonymes et leurs effets juridiques) in « Droit de la société anonyme » (dir. E. Perakis), t. 2A, Nomiki Vivliothiki 2002, 2<sup>e</sup> édition, p. 141
- R. Yovannopoulos « La constitution de la petite AE », E. Emp. D. 2002, p. 285
- R. Yovannopoulos « L'offre publique d'achat d'actions. Les compétences de la direction de la société-cible et leur impact sur la possibilité de défense de la société », Armenopoulos, 2002, p. 2575
- P. Zepos « Les règles de droit et leurs espèces », EEN 1957, p. 692

### **3/ En anglais**

- H. Hansmann-R. Crakman « The Essential Role of Organizational Law », The  
Yale Law Journal, 110 : 387
- H. Hansmaan- R. Krakman « The End of History for Corporate Law », 89 Georg.  
Law Journal, p. 439/2001
- H. Simon-J. C. March «Organizations and Markets » Journal of Economic  
Perspectives, vol. 5, n° 2, printemps, p. 25-44
- N. Telis « Mandatory and non Mandatory Rules in Corporate  
Law », RHDI 2002

# L'ORDRE PUBLIC ECONOMIQUE SOCIETAIRE DEVANT LE PHENOMENE DES MONTAGES- APPROCHE COMPAREE DU DROIT FRANCAIS ET DU DROIT GREC

## Résumé

Insérer votre résumé en français suivi des mots-clés

L'ordre public économique sociétaire est défini comme l'ensemble des règles de droit impératif et de principes d'ordre public qui jouent un rôle dans la structuration et l'organisation juridique des sociétés et la limitation de la liberté des particuliers dans cette structuration et organisation ; les sociétés sont vues dans cette perspective comme les expressions juridiques des entreprises, organisations socio-économiques impliquant une multiplicité d'intérêts, mais aussi comme des « lieux » d'organisation du pouvoir privé économique, ne pouvant par conséquent être laissées absolument au jeu de la liberté contractuelle, notamment pour ce qui concerne les formes sociétaires les plus développées. Sous le terme français de montages on peut par contre regrouper des efforts de l'autonomie privée d'exploiter au maximum les marges de liberté en droit des sociétés, des efforts qui souvent se meuvent vers les limites du licite ou même poursuivent des finalités sans aucun doute illicites. Les montages peuvent être définis dans leurs rapports avec l'ordre public économique sociétaire, comme des efforts des particuliers d'aménager des effets de règles de cet ordre public, de contourner l'application normale de ces effets ou même d'instrumentaliser des blocs de règles de cet ordre public à des finalités atypiques ou même illicites. Les montages peuvent consister à des actes sociétaires de droit organisationnel (statuts, décisions des organes sociaux) ou à des actes relevant du droit des contrats (contrats de la société avec ses associés ou dirigeants, pactes entre associés – notamment actionnaires- ou des associés avec des tiers) ; ils peuvent aussi instrumentaliser les sociétés au delà de leur finalité type légale de constituer des formes juridiques d'entreprises-entités autonomes (ainsi les groupes de sociétés) ou même au-delà de toute utilisation comme formes juridiques d'entreprises. Il en résulte le besoin d'étudier les différents montages rencontrés dans la pratique des deux pays sous comparaison et l'attitude de leurs droits à l'égard de ces montages, en examinant les mécanismes de base du droit français et du droit grec pour le partage du licite et d'illicite, l'application de ces mécanismes dans la prise en compte des montages et les mécanismes de sanction des montages illicites.

Ordre public- sociétés – montages- pactes d'actionnaires- groupes de sociétés – fictivité – abus de personnalité morale- levée de la personnalité morale- restructurations- sociétés off-shore- fraude-simulation –abus de majorité- sociétés à navire unique – cession de contrôle – OPA- LBO- droit français- droit grec

## Résumé en anglais

Insérer votre résumé en anglais suivi des mots-clés

The economic public order of the legal entities of commercial law (companies, partnerships, entities with limited liability of their members) is the total of mandatory rules and mandatory principles which act in the legal organization and structuring of the above entities and put the limits of the freedom of the individuals in this domain. In this perspective, the entities of commercial law are seen as the legal expressions of the enterprises, socioeconomic organizations implicating a multitude of different interests, but also “places” of the private economic power, which cannot be totally abandoned in the domain of contractual freedom, especially regarding the most developed forms of such entities. The french term “montages” expresses on the contrary the endeavor of the individuals and of their autonomy to exploit to the maximum the margins of freedom let by the law of the entities of commercial law, moving often toward the limits between the legal and the illegal or even pursuing ends beyond doubt illegal. These montages can be defined in their relationship with the economic public order of the entities of commercial law, as the efforts of the individuals to adjust the normal effects of this public order, or to evade these effects, or to manipulate sets of rules of this public order to serve ends atypical or even unlawful. The montages can be acts of organizational law (acts of constitution, decisions of the organs of the entities of commercial law) or acts of the law of contracts (contracts of the entity with its members or directors, contracts between the members of the entities – especially shareholders-, contracts between these members and persons exterior to the entity) ; they can also use and manipulate the entities of commercial law themselves beyond their destination to be legal forms of enterprises—autonomous economic unities (especially this is the case in the groups of legal entities of commercial law) or even beyond any use as legal forms of enterprises. The result of these considerations is the need to study the different montages found in the practice of the two countries under comparison and examine the attitude of their laws toward those montages, by the examination of their basic mechanisms of distinction between the lawful and the unlawful and of the application of these mechanisms on the different montages and by the study of the mechanisms of sanction of the unlawful montages.

Public order- montages - legal entities of commercial law- companies- partnerships- shareholder agreements- groups of legal entities of commercial law- sham companies- fraud- lifting of the corporate veil- mergers and acquisitions- tender offer- LBO- off-shore companies- single-ship companies- french law- greek law