



Brèves réflexions sur les difficultés soulevées par le rehaussement du capital social des sociétés de production de longs métrages

Stéphane Sylvestre
Avocat Associé – Intervista
Docteur en droit

1) P. Kamina, J.-C. Propriété Littéraire et artistique, Fasc. 1075 : « Cadre administratif : Régime juridique des activités cinématographiques », n° 1.

2) Lyon-Caen et Lavigne, Traité théorique et pratique de droit du cinéma français et comparé, t. II, *LGDJ* 1957, n° 445 et s.

3) P. Kamina, J.-C. Propriété Littéraire et artistique, précit., n° 28.

4) « Le financement de la production et de la distribution cinématographiques à l'heure du numérique », Rapport René Bonnell, déc. 2013, p. 87 et 89.

5) Les entreprises de production de films cinématographiques de long-métrage bénéficient en effet, dès lors qu'elles sont agréées par le CNC, d'aides financées par un compte de soutien alimenté par les taxes prélevées sur les billets d'entrée lors de l'exploitation cinématographique, la commercialisation des films sous forme de vidéogramme et de vidéo à la demande (C. cinéma, art. L. 116-1) et par une taxe sur les éditeurs et distributeurs de services de télévision (C. cinéma, art. L. 114-1 et s.). En ce sens, M. Le Roy, J.Cl. *Administratif*, Fasc. 267 : « Cinéma », n° 9.

6) Evolution sectorielle d'autant plus curieuse que le droit commun, qui n'impose plus de capital minimum pour les SARL et les SAS, est en sens strictement inverse. Cf. P. Etain : « Du zéro comme capital social », *PA* 19 sept. 2011, n° 186, p. 4.

7) Hervé Le Nabasque : « Des vraies et des fausses clauses de grand-père », *RDBF* n° 3, Mai 2014, repère p. 3 ; J. Delpla : « La clause du grand-père, une méthode pour réformer », *Les Echos* 4 fév. 2016, <https://www.lesechos.fr/04/02/2016/LesEchos/22122-042-ECH-la---clause-du-grand-pere---une-methode-pour-reformer.htm#>.

Troisième pays producteur de films cinématographiques au monde après les États-Unis et l'Inde, l'industrie cinématographique française est soumise à une forte réglementation, multiforme et particulièrement complexe, notamment au stade de la production des œuvres. Cette complexité tient à l'importance économique d'un secteur autant art qu'industrie. Industrie risquée cependant en raison des investissements importants qu'impliquent les créations cinématographiques, ce qui a amené les pouvoirs publics à porter une attention particulière, notamment aux investissements dans ce secteur (1).

Dès lors, on ne s'étonnera pas que le capital des sociétés ayant pour activité la production cinématographique ait, de longue date, fait l'objet de prescriptions dérogatoires au droit commun. Avant-guerre déjà, le constat avait été fait que la majorité des films était produite par des SARL au capital réduit au minimum et dont la vie ne durait que le temps d'un seul film. Le Centre National de la Cinématographie imposa aux entreprises de production de films de longs métrages, en 1948, outre la forme de sociétés commerciales, l'obligation d'avoir un capital social de cinq millions de francs (2).

Cette exigence d'un capital minimum, condition nécessaire à l'exercice de cette activité, a été abrogée par l'ordonnance 2009-901, du 24 juillet 2009 qui a abrogé le Code de l'industrie cinématographique (3). Pour autant, la disparition de cette obligation fut de courte durée. Dès 2013, le rapport Bonnell soulignait, parmi les orientations stratégiques souhaitables pour l'industrie cinématographique, l'urgence de consolider les fonds propres des sociétés de production, et recommandait de remettre en vigueur un capital minimum de cinquante mille euros libérés en totalité et en espèces pour constituer une société de production en encourageant les investissements TEPA ou Dutreil (4).

La transcription de cette recommandation dans le droit positif ne se fit pas attendre et, depuis le 1^{er} juillet 2015, en vertu du règlement du Centre National du Cinéma et de l'Image Animée (ci-après le « CNC ») (5), les entreprises

de production dont le siège social est situé en France doivent être constituées sous forme de société commerciale avec un capital social d'un montant minimum de 45.000 euros et comprenant une part minimale en numéraire entièrement libérée de 22 500 euros.

La nouvelle règle impose donc désormais à ces sociétés, dès lors que leur capital social est inférieur à 45 000 euros, d'augmenter ce capital *a minima* à hauteur des montants précités, sous peine de ne pas être éligibles aux aides du CNC (6). Au surplus, ces sociétés ne paraissent pas pouvoir exciper d'une immatriculation antérieure à l'entrée en vigueur du texte pour pouvoir échapper à cette obligation. Compte tenu de sa rédaction et en l'absence de toute clause de grand-père, le texte ne souffre pas d'exception (7). En conséquence, même les sociétés de production immatriculées avant le 1^{er} juillet 2015 ont l'obligation de rehausser leur capital à un montant minimum de 45 000 euros. Or, ces sociétés sont rarement gigantesques et leurs associés ne disposent pas toujours aisément à des augmentations de capital. Dès lors, il importe de faire preuve d'un peu d'imagination pour atteindre le double seuil posé par la nouvelle réglementation (45 000 euros de capital social dont la moitié libérée en numéraire).

A cet égard, se pose immédiatement la question de la signification de la notion même de libération en numéraire. D'abord, le fait que le CNC impose une libération en numéraire de 22 500 euros signifie, en creux, que sont exclus, pour cette partie du capital social, les apports en industrie, apports qui, de toute manière, ne font pas partie du capital social. Sont également exclus les apports en nature. A l'inverse, une augmentation de capital classique en numéraire, en cash, ne pose pas de difficultés particulières. En revanche, les difficultés apparaissent dès lors que l'on sort de ce schéma très classique et que l'on s'interroge sur la nature de l'augmentation de capital par compensation de créance. En effet, lorsque la libération intervient par compensation de créance, s'agit-il d'une augmentation de capital en numéraire ou d'un



autre type d'augmentation de capital ? (8)

La question pouvait se poser il y a quelques années. L'article L. 225-127, alinéa 2 du Code de commerce disposait en effet : « *les actions nouvelles sont libérées, soit en numéraire, soit par compensation avec des créances liquides et exigibles sur la société* ». Sur ce fondement, on aurait dès lors pu légitimement se poser la question de la différence de nature entre une augmentation de capital en numéraire et une augmentation de capital par compensation de créance (9). La question a cependant été tranchée par l'ordonnance du 24 juin 2004 portant réforme du régime des augmentations de capital et des valeurs mobilières (ci-après l'« Ordonnance »). L'article L. 225-128 du Code de commerce, tel qu'il est issu de l'Ordonnance, énonce en effet que « *Les titres de capital nouveaux ... sont libérés, soit par apport en numéraire y compris par compensation avec des créances liquides et exigibles sur la société, soit par apport en nature, soit par incorporation de réserves, bénéfiques ou primes, soit en conséquence d'une fusion ou d'une scission* ». On peut donc sans trop de risques inférer du nouveau texte que la libération par compensation de créances, dès lors que les créances faisant l'objet de la compensation répondent aux conditions légales, peut être qualifiée d'augmentation de capital en numéraire (10).

Cette qualification a des conséquences pratiques importantes et peut permettre les montages les plus ingénieux. En effet, des biens qui auraient pu faire l'objet d'un apport en nature (11) peuvent alors être cédés à la société de production et leur prix de cession faire l'objet d'une libération par compensation, permettant ainsi de procéder à une augmentation de capital en numéraire. Certes, cette solution n'est pas sans incidence sur le cédant qui risque, dans certains cas, d'être fiscalisé sur le prix de cession. De plus, si la société concernée est une société anonyme, elle n'échappera pas au respect de la procédure prévue à l'article L. 225-101 du Code de commerce, donc au régime des apports en nature, si le bien qu'elle acquiert, moins de deux ans après sa constitution, appartenait à un de ses actionnaires et que la valeur dudit bien est au moins égal au dixième de son capital social (12). Mais au-delà de ces aspects souvent jugés secondaires par les personnes impliquées, il convient surtout d'attirer leur attention sur la réalité du prix de cession de ces biens, la surévaluation du prix de cession pouvant donner lieu à la mise en jeu de leur responsabilité civile voire, dans les cas les plus extrêmes, au grief d'abus des biens sociaux.

En tout état de cause, pour nombre de sociétés de production de taille modeste, il est déjà complexe de trouver 22.500 euros pour libérer la partie du capital qui doit l'être en numéraire en vertu des prescriptions du règlement général du CNC. Et même s'il est possible de procéder à une augmentation de capital en numéraire de 45.000 euros dont seule la moitié serait immédiatement libérée, les associés décidant que le solde sera libéré dans un délai de cinq ans, conformément

aux dispositions de l'article L. 225-144 du Code de commerce, cette solution n'est pas toujours opportune.

L'expérience tend en effet à prouver que cette situation peut avoir de fâcheuses conséquences (13). Car tant que les actions de numéraire ne sont pas intégralement libérées, la société ne peut pas augmenter son capital par émission d'actions nouvelles à libérer en numéraire (14), rendant ainsi impossible une nouvelle levée de fonds. En effet, toute nouvelle augmentation de capital à libérer en numéraire serait nulle (15). On peut ainsi aisément imaginer une situation dans laquelle la société souhaite procéder à une augmentation de capital, opération qui peut être dictée par l'opportunité de faire entrer de nouveaux investisseurs ou par la nécessité de recapitaliser la société. Si certains associés n'ayant pas intégralement libéré leurs actions ont disparu, ou encore s'ils refusent de payer la somme due, l'opération d'augmentation de capital peut être retardée ou pire, l'opportunité de faire entrer de nouveaux investisseurs au capital de la société, manquée (16). Une levée de dette pourrait pareillement être contrariée, les émissions obligataires ne pouvant pas non plus avoir lieu en l'absence de libération intégrale du capital social (17). En conséquence, il est nécessaire de bien soupeser le pour et le contre avant de préconiser une telle solution.

Dans cette situation où les ressources des associés sont limitées, la meilleure solution consiste donc, pour atteindre ce capital minimum de 45 000 euros, à procéder à une augmentation de capital autrement qu'en numéraire. A cet égard, les moyens susceptibles d'être employés, s'ils sont variés, n'ont pas forcément que des avantages. Ainsi, si la société dispose de réserves, bénéfiques ou primes d'un montant suffisant, la solution peut alors consister à procéder à leur incorporation au capital social. L'idée est efficace et simple à mettre en œuvre mais à une réserve près. Encore faut-il que les réserves, bénéfiques ou primes susceptibles d'être capitalisées aient une contrepartie réelle à l'actif. Il s'ensuit qu'en présence d'un report à nouveau déficitaire, l'augmentation de capital par incorporation de réserves, bénéfiques ou primes ne peut être réalisée (18). La prudence s'impose donc dès lors que la société a connu des pertes comptables susceptibles de remettre en cause l'existence même des réserves, bénéfiques ou primes pour les besoins de l'augmentation de capital (19).

La société peut également libérer la seconde fraction du capital permettant d'atteindre ce capital minimum de 45 000 euros si ses associés possèdent des biens d'une valeur suffisante et susceptibles de faire l'objet d'un apport en nature. Dans cette hypothèse, les contraintes sont connues, notamment l'intervention d'un commissaire aux apports chargé de vérifier que les biens apportés ne sont pas surévalués. On peut toutefois s'interroger sur l'intérêt de procéder à un apport en nature dans les hypothèses où une cession du bien à la société suivie d'une augmentation de capital par incorporation de créance du prix de cession,

8) Comp. S. Sylvestre-Touvin, *Le coup d'accordéon ou les vicissitudes du capital*, PUAM 2003, n° 108 et s.

9) La jurisprudence avait pourtant, sur le fondement de ce texte, assimilé augmentation de capital en numéraire et augmentation de capital par compensation de créance. En ce sens, CA Paris 23 oct. 1992, BJS janv. 1993, p. 95.

10) On peut également se demander si la libération consécutive à l'exercice d'un droit attaché à des valeurs mobilières donnant accès au capital (conversion d'obligations convertibles en actions, remboursement d'obligations remboursables en actions, exercice de bons de souscription d'actions) pourrait être qualifiée d'augmentation de capital en numéraire. Bien qu'une lecture étroite du dernier alinéa de l'article L. 225-128 ne pousse guère en ce sens, il n'en reste pas moins que la transformation de l'obligation ou du bon en action s'opère bien par le biais d'une compensation de créance, ce qui nous paraît faire clairement pencher la balance dans le sens de la qualification de libération en numéraire. En ce sens, A. Grenot-Devedjian, *Les valeurs mobilières composées*, th. Paris I 2008, n° 114 et s.

11) Tel que des *scenarii*, des traitements ou tous autres droits de propriété intellectuelle dont le secteur cinématographique est coutumier. Une méthode particulièrement contestable avait d'ailleurs cours auparavant, qui consistait, pour les associés, à apporter un scénario dont la valeur pouvait parfois être sujette à caution.

12) Bardoul : « L'achat d'un bien important à un actionnaire, par une société anonyme, moins de deux ans après sa constitution », *Rev. Sociétés* 1983, p. 285.

13) D'un point de vue fiscal déjà. En vertu de l'article 219-f-3° du CGI, la société perd le bénéfice du taux réduit d'impôt sur les sociétés.

14) Art. L. 225-131, al. 1 du Code de commerce.

15) Art. L. 225-149-3 du Code de commerce.

16) L'hypothèse n'est pas d'école et il n'est pas certain que les sanctions prévues à l'encontre des associés défaillants (intérêts légaux, mise en jeu de leur responsabilité civile, suspension du droit de vote, du droit d'aller aux assemblées, du droit préférentiel de souscription et du droit aux dividendes, exécution en bourse) soient suffisamment dissuasifs.

17) Article L. 228-39 du Code de commerce.

18) A. Charvériat, A. Couret, B. Zabala et B. Mercadal, *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Sociétés commerciales*, éd. Francis Lefebvre, 2017, n° 51210 ; cf. Cass. com., 16 oct. 1978, JCP 1978, IV, p. 352. En ce sens quoique sur un autre sujet, S. Sylvestre : « De quelques avatars des actions de préférence », *RTDF* n° 1/2006, p. 51, spéc. p. 61.

19) La cour d'appel de Paris a en effet indiqué dans un arrêt (CA Paris, 20 février 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 613, note H. Pisani ; *RTDCom* avril-juin 1998, p. 368, obs. C. Champaud et D. Danet) que cette irrégularité est de nature à entraîner la responsabilité du dirigeant en cause. Et dans l'arrêt en question, non seulement la gérante a été condamnée à payer

à la société la partie non libérée de l'augmentation de capital mais surtout, cette dernière a appelé le rédacteur de l'acte en garantie et ce dernier a été condamné à garantir la gérante du montant de la condamnation. Ce dernier a de surcroît été seul condamné aux dépens de première instance et d'appel.

20) Sous réserve, bien entendu, de l'hypothèse de la fraude.

21) Il est toutefois nécessaire de porter une attention particulière aux contraintes fiscales lors de la modification des statuts et de la rédaction du pacte d'actionnaires, notamment pour les investisseurs soumis au régime TEPA, la réglementation leur imposant de prendre un risque d'actionnaire.

ainsi que nous l'avons déjà évoqué ci-avant, est possible (20).

Mais au-delà de toutes ces considérations somme toute purement techniques, les sociétés de production et leurs associés doivent se poser de vraies questions stratégiques sur l'organisation de leur capital et les moyens de leur développement. Faut-il solliciter les associés actuels ou rechercher de nouveaux investisseurs dans le but d'atteindre le seuil fixé par le CNC ? Si oui, sur quelle valorisation les faire entrer au capital ? Et quels droits leur conférer ? L'opération ne risque-t-elle pas de rencontrer l'opposition d'un associé minoritaire et, dans ce cas, comment gérer cette situation ?

Là encore, l'ingénierie juridique permet de faire des miracles, surtout si les sociétés concernées sont des sociétés par actions simplifiées ou si elles peuvent aisément adopter cette forme sociale. La flexibilité offerte par cette forme sociale et la possibilité d'émettre des actions de préférence favorisent la mise en place de schémas permettant de faire entrer de nouveaux investisseurs sans

remettre en cause le pouvoir des anciens. Il est également possible aux anciens associés de conserver une part prioritaire des profits même s'ils ont perdu la majorité du capital. Certains investisseurs peuvent en effet préférer souscrire à des actions leur conférant des droits réduits dès lors que, par ailleurs, ils ont la certitude de pouvoir céder leurs titres dans un délai raisonnable et à un prix convenu à l'avance (21).

On le voit, les difficultés posées par les nouvelles contraintes du règlement CNC peuvent être gérées dès lors qu'elles sont correctement appréhendées et les multiples chausse-trappes d'ordre juridique et fiscal sont anticipées. Rien ne serait en effet pire qu'une opération mal pensée et/ou mal exécutée, et qui serait susceptible d'entraîner un conflit entre associés ou pire, l'annulation de l'augmentation de capital. A cet égard, une fine connaissance de ce type de transaction et des pratiques du secteur est donc nécessaire pour que les sociétés de production de longs-métrages et leurs associés puissent, sans heurts, se mettre en règle avec le droit en vigueur.

Retrouvez toute la collection sur www.jss.fr en papier et en numérique*



N° 151 - Personnes, famille et entreprise



N° 150 - Brexit, 9 mois après



N° 149 - Loi Sapin II



N° 148 - Moralisation du droit des affaires Morceaux choisis



N° 147 - Le droit des sociétés - 50 ans après la Loi du 24 juillet 1966 - Partie 2



N° 146 - Le droit des sociétés - 50 ans après la Loi du 24 juillet 1966 - Partie 1



N° 145 - Le Commerce Associés ou comment être Ensemble et Indépendants



N° 144 - La réforme du droit des obligations et le droit des affaires - regards de praticiens



N° 143 - La société familiale : enjeux, risques et stratégies



N° 142 - Les actifs de l'entreprise