

Quand la fraude corrompt le coup d'accordéon

Issu de Bulletin Joly Sociétés - 01/06/2017 - n° 06 - page 379
ID : BJS116k2

Auteur(s):

- Stéphane Sylvestre, docteur en droit, associé, Intervista

En dépit de la situation nette négative de la société concernée, la Cour de cassation confirme l'annulation d'un coup d'accordéon dès lors que les circonstances de l'opération révèlent des manœuvres frauduleuses. En réalité, c'est en l'espèce surtout la prise de contrôle effectuée par l'actionnaire majoritaire, prise de contrôle maladroitement évoquée dans les documents sociaux, qui est sanctionnée.

Cass. com., 11 janv. 2017, n° [14-27052](#), ECLI:FR:CCASS:2017:CO00015, Sté Clinique de la Ciotat, F-D

Extrait :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 13 février 2014), que la Société de gestion Sainte-Marguerite était actionnaire majoritaire de la SAS Clinique de La Ciotat dont les sociétés Centre d'hémodialyse Provence Aubagne et Clinique de la Casamance étaient actionnaires minoritaires ; que le 4 août 2011, le président de la société Clinique de la Ciotat a convoqué les associés à une assemblée générale extraordinaire tenue le 25 août 2011, au cours de laquelle a été décidée la réduction du capital par résorption des dettes, l'imputation du poste prime d'émission sur le poste report à nouveau débiteur, l'augmentation du capital par création d'actions nouvelles, la suppression du droit préférentiel de souscription des actionnaires anciens et l'attribution des droits de souscription au profit de la Société de gestion de Sainte-Marguerite qui, à l'issue de cette assemblée, est devenue l'actionnaire unique de la société Clinique de la Ciotat ; que les sociétés Clinique de la Casamance et Centre d'hémodialyse Provence Aubagne ont assigné la société Clinique de la Ciotat et la Société de gestion Sainte-Marguerite en annulation de cette assemblée générale extraordinaire et de toutes les décisions qui en sont la conséquence et notamment de celle du même jour ayant modifié les statuts ;

Attendu que la société Clinique de La Ciotat et la Société de gestion Sainte-Marguerite font grief à l'arrêt de dire que l'assemblée générale extraordinaire réunie le 25 août 2011 est nulle comme portant atteinte aux droits des actionnaires minoritaires, de dire que sont nulles les délibérations qui en sont la conséquence et d'enjoindre à la société Clinique de la Ciotat de réunir une assemblée générale extraordinaire dans les deux mois (...)

Mais attendu que l'arrêt retient, d'abord, que la délibération du 24 mars 2011 ayant approuvé les comptes de l'exercice clos au 31 décembre 2010 n'a pas fait mention de ce que les capitaux propres étaient inférieurs à la moitié du capital social, le rapport du président étant alors muet sur cette situation, et qu'aucune assemblée générale extraordinaire n'a été ensuite convoquée pour statuer sur la dissolution par anticipation de la société ; qu'il retient, ensuite, que si l'opération avait pour objectif de reconstituer les capitaux propres à la moitié du capital social, elle devait surtout permettre à l'actionnaire majoritaire, la Société de gestion de Sainte-Marguerite, de prendre l'entier contrôle de la société Clinique de la Ciotat ; qu'il retient, encore, que si la société Clinique de la Ciotat était en difficulté, sa survie n'était pas en jeu et que le choix du mois d'août, période estivale où bien des personnes sont indisponibles, cependant qu'il s'agissait de décider de la manière de recapitaliser la société, la réduction du capital à zéro envisagée ayant pour effet de supprimer toutes les actions existantes, et du maintien des minoritaires dans la société en leur laissant ou non la faculté de souscrire à l'augmentation de capital en faisant usage de leur droit préférentiel de souscription, ne se justifiait pas au regard de la situation de la société et que la nécessité de réaliser de nouveaux investissements ne le justifiait pas plus ; qu'il retient, ensuite, que l'augmentation de capital par la création de nouvelles actions réservées au seul actionnaire majoritaire a été libérée en totalité, par compensation avec une créance en compte courant de l'actionnaire majoritaire, et n'a donc créé aucune trésorerie permettant de faire face aux besoins de financement invoqués ; qu'il retient, enfin, que l'ensemble de cette opération avait pour objectif essentiel d'évincer les actionnaires minoritaires sans qu'aucun des éléments produits n'établisse que cette éviction était justifiée par l'intérêt social de la société Clinique de la Ciotat ; que de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a pu déduire que les délibérations de l'assemblée générale extraordinaire étaient intervenues en fraude du droit des actionnaires minoritaires ; que

le moyen n'est pas fondé ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur le moyen unique, pris en sa deuxième branche, qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Par ces motifs : rejette le pourvoi ; (...)

Cass. com., 11 janv. 2017, n° [14-27052](#), ECLI:FR:CCASS:2017:CO00015, Sté Clinique de la Ciotat, F-D

Tarte à la crème du droit des sociétés, le coup d'accordéon paraît souvent être un thème bien balisé, assis sur une jurisprudence constante depuis maintenant plus de vingt ans et peu sujet à des bouleversements jurisprudentiels. Le coup d'accordéon a en effet fait l'objet, il y a maintenant plus de vingt ans, d'une consécration jurisprudentielle, la Cour de cassation ayant alors affirmé que la survie d'une société, Usinor, légitimait la réduction de son capital à zéro, sous la condition suspensive d'une augmentation de capital destinée à amener celui-ci au minimum légal¹. En dépit de cette orientation jurisprudentielle pourtant fort claire, les actionnaires minoritaires n'ont cessé de tenter de remettre en cause les coups d'accordéon dont ils s'estiment victimes, tant la brutalité de l'opération leur paraît heurter leurs droits d'associés les plus élémentaires².

Cet arrêt rendu par la chambre commerciale le 11 janvier 2017³ est donc une victoire pour les actionnaires minoritaires, la Cour de cassation confirmant la décision rendue par la cour d'appel d'Aix-en-Provence d'annuler une assemblée générale extraordinaire ayant décidé un coup d'accordéon⁴. La plupart des commentateurs ont relevé l'utilisation de la fraude comme fondement à l'annulation de l'opération⁵. Au regard des circonstances de la cause, on peut toutefois se demander si c'est bien la fraude qui a conduit à cette annulation.

En l'espèce, le différend opposait les actionnaires de la société Clinique de la Ciotat, société ayant pour objet l'acquisition, la vente et l'exploitation de tous fonds de clinique et établissements de santé ainsi que la participation de cette société au Pôle santé public et privé de La Ciotat (ci-après la « Société »). La Société avait pour actionnaire majoritaire la société de Gestion Sainte Marguerite (ci-après l'« Actionnaire Majoritaire ») et pour actionnaires minoritaires, notamment, le Centre d'Hémodialyse Provence Aubagne et la société Clinique La Casamance (ci-après les « Actionnaires Minoritaires »).

En raison d'une situation financière de la Société particulièrement difficile⁶, l'assemblée générale extraordinaire de la Société (ci-après l'« AGE ») décida donc d'une réduction de capital à zéro motivée par des pertes et d'une augmentation de capital avec suppression du droit préférentiel de souscription réservée à l'Actionnaire Majoritaire. Décision évidemment contestée par les Actionnaires Minoritaires puisque ces derniers, à l'occasion de cette opération, voyaient totalement disparaître leur investissement dans la Société.

Compte tenu de la situation financière de la Société, on peut s'étonner que la validité du coup d'accordéon n'ait pas, comme souvent, été retenue. Comme nous avons eu l'occasion de le répéter à longueur de commentaires⁷, le coup d'accordéon est, par essence, conforme à l'intérêt social : la réduction de capital permet d'apurer les pertes sociales tandis que son augmentation renforce ses fonds propres. Mais les circonstances de l'espèce, caractérisées avec netteté par la Cour de cassation, jettent une lumière crue sur les conditions suspectes dans lesquelles l'opération a été effectuée.

La Cour relève d'abord que la procédure imposée par l'article L. 225-248 du Code de commerce n'a pas été suivie. En effet, il n'a pas été fait mention, à l'occasion de l'approbation des comptes de l'exercice clos le 30 septembre 2010, de ce que les capitaux propres de la Société étaient inférieurs à la moitié du capital social. De plus, l'AGE qui, en vertu de ce même article, doit être convoquée dans un délai de quatre mois à compter de l'assemblée générale ordinaire statuant sur l'approbation des comptes ne l'a pas été⁸. Sur la forme, la Cour critique également le choix d'avoir convoqué l'AGE au mois d'août, « période estivale où bien des personnes sont indisponibles », pour décider d'une opération aussi grave, peu important que le délai statutaire de convocation des associés ait été respecté.

De manière plus substantielle, la Cour met ensuite en balance le fait, selon elle, que la survie de la Société n'était pas en jeu alors que la réduction du capital à zéro envisagée avait eu pour effet de supprimer toutes les actions existantes. La réduction de capital à zéro ne se justifiait ni au regard de la situation de la Société, ni au regard de la nécessité de réaliser de nouveaux investissements. La Cour critique également le fait que l'augmentation de capital, outre qu'elle a été réservée à l'Actionnaire Majoritaire, n'ait pas été libérée « en vrai numéraire » mais en totalité, par compensation avec une créance en compte courant de l'Actionnaire Majoritaire. L'augmentation de capital n'aurait donc créé aucune trésorerie supplémentaire pour la Société.

On peut critiquer la décision de la Cour de cassation lorsqu'elle estime que la survie de la Société n'était pas en jeu alors même qu'il ressortait des documents soumis aux associés des capitaux propres et un résultat d'exploitation négatifs, une situation financière de la Société déficitaire depuis 2003 et une situation prévisionnelle montrant que cette situation n'avait guère vocation à s'améliorer dans un avenir proche⁹. Cela étant, le moyen du pourvoi faisait apparaître que lors de l'AGE, il avait été indiqué aux associés de la Société que le projet de création du Pôle santé public privé avait été autorisé en février 2005, que la Société avait obtenu une subvention de l'ARH PACA de 1 000 000 d'euros, obtenu un financement à hauteur de 3 420 000 d'euros en décembre 2009 et que la pose de la première pierre de la partie clinique de ce projet avait été posée le 18 janvier 2010. De telles informations, de surcroît données volontairement par le président aux associés, laissent à penser que la survie de la Société n'était pas si menacée puisqu'elle parvenait à obtenir une subvention et un financement d'un montant supérieur à celui de l'augmentation

de capital¹⁰ et qu'elle faisait état d'un projet de développement (la construction d'une clinique) particulièrement ambitieux, démontrant ainsi qu'elle était en mesure de réaliser son objet.

On peut également déplorer l'appréciation portée par la Cour sur le fait que l'augmentation de capital ait fait l'objet d'une libération par compensation avec la créance de compte courant de l'Actionnaire Majoritaire car elle donne le sentiment que ce mode de libération de l'augmentation de capital serait frauduleux¹¹. Or, même si la compensation du compte courant n'apporte pas un surcroît de trésorerie, il n'en reste pas moins, d'une part, que l'apport en compte courant qui lui a préexisté a bien constitué un surplus de trésorerie et, d'autre part, que la compensation de ce compte courant a permis de réduire l'endettement de la Société, toutes choses qui n'ont pu que contribuer à la survie de cette dernière¹².

Mais, à la vérité, ce sont moins les décisions judiciaires rendues par la cour d'appel d'Aix-en-Provence puis par la Cour de cassation qu'il faut critiquer que la présentation de l'opération telle qu'elle a été faite par l'Actionnaire Majoritaire. Il ressort en effet du moyen du pourvoi que le rapport du président aux associés mentionnait expressément que l'un des objectifs du coup d'accordéon était, notamment, « de donner le contrôle total [de la Société à l'Actionnaire Majoritaire] qui supporte financièrement la clinique en difficultés depuis de nombreuses années entend à ce que l'augmentation de capital à laquelle il souscrit lui soit réservée pour en obtenir le contrôle total et lui permettre de rassurer ses propres actionnaires, cautions des emprunts réalisés ». L'Actionnaire Majoritaire ne pouvait donc pas exprimer plus clairement qu'il souhaitait réaliser l'opération dans son intérêt propre et ce, afin de prendre le contrôle de la Société¹³.

Or, il était d'une grande maladresse de mettre explicitement l'accent sur cet objectif de prise de contrôle de la Société, même si on peut penser qu'en l'espèce, les raisons de cette prise de contrôle étaient économiquement justifiées, l'Actionnaire Majoritaire mettant en avant, pêle-mêle, outre la situation financière déficitaire de la Société :

- la nécessité d'investissements complémentaires importants dans le cadre de la construction de la partie privée du Pôle santé ;
- le fait qu'il avait réalisé l'ensemble des apports en comptes courants depuis 2003, pris seul l'ensemble des risques financiers ayant obtenu un prêt de 3,45 millions uniquement en étant caution solidaire pour les emprunts réalisés pour la construction de la partie privée du Pôle public santé.

On peut légitimement penser que c'est à travers ce prisme de la prise de contrôle que la cour d'appel et la Cour de cassation ont apprécié l'ensemble de l'opération et décidé de son annulation car en soi, réduire le capital à zéro puis l'augmenter en supprimant le droit préférentiel de souscription a déjà été admis par la Cour de cassation¹⁴. En revanche, en sus d'avouer que l'objectif de l'opération était de prendre le contrôle de la Société, procéder à un coup d'accordéon en accumulant l'inobservation de la procédure de reconstitution des capitaux propres, la convocation des associés en plein mois d'août, la réduction de capital à zéro, l'augmentation de capital réservée à un des actionnaires et la libération par compensation du compte courant, c'était là donner aux Actionnaires Minoritaires nombre d'arguments pour invoquer une fraude à leurs droits.

La Cour de cassation n'a pas manqué d'en conclure que « l'ensemble de cette opération avait pour objectif essentiel d'évincer les actionnaires minoritaires sans qu'aucun des éléments produits n'établisse que cette éviction était justifiée par l'intérêt social de la société Clinique de la Ciotat ; que de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a pu déduire que les délibérations de l'assemblée générale extraordinaire étaient intervenues en fraude du droit des actionnaires minoritaires ». C'est donc cette « contradiction de motifs » entre l'intérêt social invoqué et la prise de contrôle réalisée qui a été sanctionnée par la Cour de cassation.

Et pourtant, utiliser le coup d'accordéon pour procéder à une prise de contrôle, est-ce si critiquable ? La réalité est bien plus prosaïque : le coup d'accordéon peut bien entendu être le cheval de Troie d'une prise de contrôle, l'annulation des actions anciennes et l'entrée d'un nouvel actionnaire permettant une substitution d'actionariat en même temps qu'un apport bienvenu de nouveaux capitaux. Il est cependant préférable que cette prise de contrôle, lorsqu'elle survient, soit présentée comme un effet collatéral de l'opération plutôt que comme son objectif avoué. En conséquence, si le coup d'accordéon doit aboutir à un changement de contrôle, et au passage, à l'élimination des anciens actionnaires, il ne faut pas le dire et surtout ne pas l'écrire dans le rapport aux associés. Y penser toujours mais n'en parler jamais. Le coup d'accordéon peut être le moyen de la prise de contrôle mais c'est la contribution aux pertes des associés, la nécessaire reconstitution des capitaux propres, imposée par la loi et la survie de la société qu'il convient de mettre en avant et de caractériser pour éviter toute remise en cause de l'opération¹⁵.

En l'espèce, l'Actionnaire Majoritaire n'a pas fait preuve de cette habileté, donnant aux Actionnaires Minoritaires l'opportunité d'invoquer une fraude à leurs droits pour obtenir l'annulation de l'opération. On peut d'ailleurs douter qu'il s'agisse d'une fraude au sens strict ? L'Actionnaire Majoritaire s'est-il soustrait à l'exécution d'une règle obligatoire par l'emploi à dessein d'un moyen efficace, ce qui a rendu ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif¹⁶. À notre sens, pour qu'il y ait fraude au sens strict, il faudrait que l'opération soit licite donc conforme à l'intérêt social¹⁷, mais que les conditions dans lesquelles le coup d'accordéon est effectué révèlent un but tout autre que celui de sauver la Société¹⁸. Or, les circonstances de l'opération dévoilent moins l'existence d'une fraude que la violation des conditions prétorienne de licéité du coup d'accordéon telles que celles-ci ont été posées par la jurisprudence¹⁹. Elles sont, en l'espèce, reprises par la Cour de cassation qui indique que la survie de la Société n'était pas en jeu et que l'éviction des Actionnaires Minoritaires n'était pas justifiée par l'intérêt social²⁰. Où l'on voit que la fraude n'est pas le seul moyen de faire annuler un coup d'accordéon.

- 1-**
[Cass. com., 17 mai 1994, n° 91-21364](#) : [BJS juill. 1994, n° 219, p. 816](#), note Daigre J.-J. ; Dr. sociétés 1994, comm. n° 142, obs. Le Nabasque H. ; Rev. sociétés 1994, p. 485, note Dana-Demaret S. ; Rép. Defrénois 1994, art. 35881, p. 1035, note Hovasse H. ; RTD com. 1996, p. 73, obs. Petit B. et Reinhard Y.
- 2-**
En ce sens, Sylvestre-Touvin S., *Le coup d'accordéon ou les vicissitudes du capital*, préface Le Cannu P., 2003, PUAM, not. n°s 365 et s.
- 3-**
Coupet C., « Nullité d'un coup d'accordéon frauduleux », Dr. sociétés 2017, comm. n° 62.
- 4-**
[CA Aix-en-Provence, 13 févr. 2014, n° 12/23161](#) : [BJS mai 2014, n° 111x0, p. 325](#), note Brignon B.
- 5-**
V. *supra* n° 3 et 4.
- 6-**
L'arrêt d'appel, citant le rapport du président à l'AGE fait état de comptes clos le 30 septembre 2010 faisant apparaître un résultat d'exploitation négatif de 318 000 €, un report à nouveau négatif de 1 705 034 €, une situation financière de la Société déficitaire depuis 2003, des capitaux propres négatifs de 365 639 € et une situation prévisionnelle au 31 mai 2011 négative de 485 000 € environ ; au surplus, ce rapport indiquait la nécessité d'investissements complémentaires importants à effectuer par la Société.
- 7-**
V. not. notre note sous [Cass. com., 18 juin 2002, n° 99-11999](#) : [BJS nov. 2002, n° 259, p. 1221](#).
- 8-**
Comp. notre note sous CA Versailles, 20 mai 1999, n° 4547/97 : [BJS févr. 2000, n° 35, p. 186](#).
- 9-**
Comp. [Cass. com., 15 janv. 2010, n° 09-10961](#) : [BJS oct. 2010, n° 171, p. 814](#), note Saintourens B. ; [LPA 31 janv. 2011, p. 6](#), note Martron H. : la Cour de cassation a estimé légitime un coup d'accordéon qui répondait à des considérations comptables en présence de capitaux propres négatifs.
- 10-**
L'appréciation aurait certainement été différente si le financement et la subvention avaient été subordonnés à la bonne fin de l'augmentation de capital qui accompagnait sa réduction.
- 11-**
Comp. [CA Paris, 26 juin 2012, n° 11/04043](#) : Dr. sociétés 2012, comm. n° 183, obs. Gallois-Cochet D.
- 12-**
Comp. CA Lyon, 14 mai 2009 : Dr. sociétés 2010, comm. n° 6, obs. Hovasse H.
- 13-**
En ce sens, Brignon B., note sous [CA Aix-en-Provence, 13 févr. 2014, n° 12/23161](#) : [BJS mai 2014, n° 111x0, p. 325](#), note Brignon B., spéc. n°s 7 et s.
- 14-**
V. not. notre note sous [Cass. com., 18 juin 2002, n° 99-11999](#) : [BJS nov. 2002, n° 259, p. 1221](#).
- 15-**
Il y a d'ailleurs une certaine hypocrisie à sanctionner cette modalité de prise de contrôle alors même qu'en matière de procédures collectives, le législateur reconnaît aujourd'hui expressément la possibilité d'évincer les actionnaires en place et de procéder à une augmentation de capital forcée dès lors que de telles mesures sont indispensables à la mise en œuvre du plan de continuation. Pour un éclairage sur cette procédure, v. Dammann R. et Lucas F.-X., « Le nouveau dispositif de dilution ou d'éviction de l'associé qui ne finance pas le plan redressement de la société », [BJS oct. 2015, n°114c4, p. 521](#) ; Parachkévova I., « L'augmentation de capital forcée dans la loi *Macron* », [BJS oct. 2015, n° 114d3, p. 529](#).
- 16-**
Vidal J., « Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français : le principe *fraus omnia corrumpit* », D. 1957, p. 208.
- 17-**
Comp. Sylvestre-Touvin S., *Le coup d'accordéon ou les vicissitudes du capital*, préc. n°s 557 et s. Pour une étude récente de la fraude, Dournaux F., *La notion de fraude en droit privé français*, thèse, 2008. V. égal. l'intervention de Dournaux F. sous <https://www.youtube.com/watch?v=IUYEcMoBPPU>.

18 –

Comp. [Cass. com., 16 avr. 2013, n^{os} 09-10583 et 09-13651](#) : Dr. sociétés. 2013, comm. n° 114, note Mortier R.

19 –

On notera d'ailleurs que la Cour de cassation, contrairement à la cour d'appel d'Aix-en-Provence, ne vise pas le principe *Fraus omnia corrumpit* comme l'un des fondements de sa décision.

20 –

Ce qui confirme, au passage, que l'éviction des actionnaires minoritaires peut être justifiée par l'intérêt social. En ce sens, Sylvestre-Touvin S., *Le coup d'accordéon ou les vicissitudes du capital*, préc. n^{os} 287 et s. ; également notre note sous [Cass. com., 18 juin 2002, n° 99-11999](#) : [BJS nov. 2002, n° 259, p.1221](#).

Issu de Bulletin Joly Sociétés - 01/06/2017 - n° 06 - page 379

ID : BJS116k2

Permalien : [lext.so/BJS116k2](https://www.lexisnexis.fr/lexis/lexext/lexext.so/BJS116k2)

Auteur(s) :

- Stéphane Sylvestre, docteur en droit, associé, Intervista