

N° 3516 – Obligation en cas de perte de la moitié du capital dans une SA ou une SARL

Date de fraîcheur : 25 Novembre 2015

Georges GAEDE
Docteur en droit
Chercheur à l'IDEP – Université de Paris-Sud (11)
Juriste d'entreprise

APERÇU RAPIDE

1. Éléments clés

Une réglementation particulière détermine la procédure à suivre dans le cas où, à raison de pertes, les capitaux propres de la société deviennent inférieurs à la moitié de son capital social.

Ces règles spécifiques sont applicables dans les SA et les SARL et, par assimilation dans les SAS et les SCA, mais non dans les SNC et les SCS.

Le dispositif se caractérise par trois séries de mesures obligatoires. D'une part, les associés ou les actionnaires doivent être consultés afin de statuer sur la dissolution éventuelle de la société. D'autre part, des mesures de publicité relatives à la décision arrêtée par les actionnaires sont prescrites. Enfin, si la dissolution est écartée, les capitaux propres de la société doivent être reconstitués dans un délai de deux ans.

La présente fiche précise ces différentes étapes, après avoir procédé à une clarification relative aux conditions préalables à la mise en œuvre la procédure.

2. Textes

2.1. Textes codifiés

- C. com., art. L 223-42
- C. com., art. et L 225-248
- C. com., art. L 226-1, al. 2
- C. com., art. L 227-1, al. 3
- C. com., art. L 123-18
- C. com., art. L 224-2
- C. com., art. L 232-5
- C. com., art. R 123-191
- C. com., art. R 223-36
- C. com., art. R 225-166

3. Bibliothèque LexisNexis

3.1. Fascicules JurisClasseur

- JCl. Sociétés Traité, Fasc. 15-10

3.2. Revues

- Dr. sociétés 2014, comm. 122 , note R. Mortier

PREPARATION

1. Informations préalables

La procédure doit être mise en œuvre « si, du fait de pertes constatées dans les documents comptables, les capitaux propres de la société deviennent inférieurs à la moitié du capital social » (*C. com.*, art. L 223-42, al. 1 et L 225-248, al. 1).

Attention : Les dispositions propres au cas de la perte de la moitié du capital ne sont pas applicables aux sociétés pour lesquelles une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire a été ouverte ou qui bénéficient d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire (*C. com.*, art. L 223-42, al. 5 et L 225-248, al. 5).

Les capitaux propres apparaissent au passif du bilan et sont constitués par la somme algébrique (*C. com.*, art. R 123-191) :

- des apports, c'est-à-dire le capital, les différentes primes (émission, apport ou fusion),
- des écarts de réévaluation,
- des réserves,
- du report à nouveau créditeur,
- du bénéfice non distribué de l'exercice,
- des subventions d'investissement,
- des provisions réglementées sous déduction des pertes.

Remarque : Dans les sociétés qui établissent des comptes consolidés, les capitaux propres incluent le solde positif de la mise en équivalence des titres des sociétés qu'elles contrôlent (*C. com.*, art. L 232-5, al. 2).

Attention : Les prêts participatifs, assimilés d'un point de vue financier à des fonds propres (*C. mon. fin.* art. L 313-14), sont juridiquement des dettes pour la société qui en bénéficie et ne peuvent pas être inclus dans les capitaux propres (*Rép. Murette, AN 8 août 1983 p. 3488 n° 30263*).

Le capital social à envisager est le capital nominal :

- libéré ou non,
- amorti ou non.

2. Inventaire des solutions et éléments de décisions

2.1. Consultation des associés

Si les conditions requises sont réalisées, l'organe compétent (gérant, conseil d'administration, directoire, président ou dirigeants de SAS désignés dans les statuts) a l'obligation, dans les quatre mois qui suivent l'approbation des comptes ayant fait apparaître la perte de la moitié du capital, de consulter les associés ou actionnaires à l'effet de décider s'il y a lieu à dissolution anticipée de la société :

- dans les SARL, la majorité requise pour prononcer la dissolution est celle exigée pour la modification des statuts (*C. com.*, art. L 223-42, al. 2), que les associés se déterminent en assemblée générale ou sous la forme d'une consultation écrite,
- dans les SA, c'est l'assemblée générale extraordinaire qui doit être consultée (*C. com.*, art. L 225-248, al. 1),
- dans les SCA, la règle applicable aux SA s'applique par assimilation (*C. com.*, art. L 226-1, al. 2), lorsqu'il s'agit d'une SCA, mais la dissolution impliquant une modification des statuts, elle ne peut être adoptée, sauf clause contraire, qu'avec l'accord unanime de tous les commandités (*C. com.*, art. L 226-11, al. 1),

- dans les SAS, la dissolution est prononcée par décision collective des actionnaires dans les conditions énoncées par les statuts (*C. com., art. L 227-9, al. 2*).

Attention : La résolution qui doit être soumise à l'approbation des associés ou actionnaires porte sur la dissolution de la société et non sur la poursuite de l'activité de cette dernière. Dès lors, une majorité des deux-tiers est requise pour décider la dissolution et écarter le maintien de l'exploitation.

Remarque : La Compagnie nationale des commissaires aux comptes a adopté une interprétation littérale de l'art. L 225-248 du Code de commerce. Ce texte instituant l'obligation pour le conseil d'administration de « convoquer » l'assemblée générale extraordinaire dans les quatre mois qui suivent l'approbation des comptes, la Compagnie nationale des commissaires aux comptes a considéré que cette convocation doit nécessairement être postérieure à l'assemblée générale ordinaire annuelle. Cette position exclut corrélativement la possibilité de réunir les deux assemblées, ordinaire et extraordinaire, le même jour ou la tenue d'une assemblée mixte (*Bull. CNCC septembre 1997 p. 427*).

Cette interprétation stricte de l'art. L 225-248 ne peut être retenue pour les SARL, l'art. L 223-42 se référant, non à la convocation de l'assemblée, mais à la décision des associés.

2.2. Publicité de la décision des associés

La décision des associés ou actionnaires, qu'elle consiste à maintenir l'exploitation ou à dissoudre la société, doit être (*C. com., art. L 223-42, al. 3 et art. R 223-36 ; art. L 225-248, al. 3 et art. R 225-166*) :

- publiée dans un journal d'annonces légales du département du siège social,
- déposée au greffe du tribunal de commerce du lieu du siège social,
- inscrite au registre du commerce et des sociétés.

Remarque : Les formalités de publicité de la décision des associés ou actionnaires n'ont pas à être réitérées à l'occasion de chacun des exercices suivants, si les capitaux propres demeurent inférieurs à la moitié du capital social (*Avis du Comité de Coordination du Registre du Commerce et des Sociétés n° 03-71, 25 mar. 2004*).

2.3. Régularisation de la situation

Si les associés ou actionnaires décident de poursuivre l'exploitation, la société dispose pour régulariser sa situation d'un délai qui expire à la clôture du deuxième exercice suivant celui au cours duquel la constatation de la perte de plus de la moitié du capital social est intervenue (*C. com., art. L 223-42, al. 2 et art. L 225-248, al. 2*).

Attention : Le délai imparti pour procéder à la régularisation est décompté (*Rép. Courroy, Sén. 28 oct. 1971 p. 1840 n° 10735*) :

à partir de l'exercice au cours duquel les comptes de l'exercice ayant fait apparaître la perte de plus de la moitié du capital social ont été soumis à l'approbation des associés ou actionnaires,

et non pas à partir de la date de clôture de cet exercice.

Remarque : Si la société régularise sa situation avant l'expiration du délai imparti par la réglementation, il n'est pas nécessaire d'attendre la clôture du deuxième exercice suivant celui au cours duquel la constatation de la perte de plus de la moitié du capital social est intervenue.

Remarque : Si les comptes établis à la clôture de l'exercice au cours duquel la régularisation a été effectuée révèlent à nouveau des capitaux propres inférieurs à la moitié du capital social, une nouvelle procédure de consultation des associés et de régularisation de la situation devra être engagée.

MISE EN OEUVRE

1. Sanction du défaut de consultation des associés

Faute d'une décision des associés ou actionnaires ou d'une délibération valable de leur part, tout intéressé peut demander au tribunal de commerce la dissolution de la société (*C. com., art. L 223-42, al. 4, art. L 225-248, al. 4 et art. R 210-15*).

Le tribunal de commerce :

- peut accorder à la société un délai maximal de six mois pour procéder à la consultation des associés ou actionnaires,
- ne peut pas prononcer la dissolution de la société si, le jour où il statue sur le fond, cette consultation a eu lieu (*C. com., art. L 223-42, al. 4 et art. L 225-248, al. 4*).

Attention : À la différence de la possibilité de demander la prorogation du délai de réunion de l'assemblée générale ordinaire annuelle, ouverte par la Code de commerce, celui-ci ne prévoit pas la faculté de solliciter la prolongation du délai de quatre mois imparti pour la consultation des associés, en cas de perte de la moitié du capital social.

Remarque : La consultation des associés ou actionnaires est obligatoire dès lors que le bilan de l'exercice écoulé conduit à constater un montant des capitaux propres inférieur à la moitié du capital social. En conséquence, cette consultation demeure requise y compris dans l'hypothèse où, avant la date de la décision collective ou de la tenue de l'assemblée générale appelée à statuer sur les comptes de l'exercice concerné ou avant l'expiration du délai de quatre mois consécutif à ladite décision collective ou assemblée générale, les associés ou actionnaires ont régularisé la situation (*Rép. lcart, AN 7 fév. 1970 p. 319 n° 9331, Rép. Vannson, AN 28 nov. 2006 p. 12512 n° 104752*).

2. Absence d'obligation de nouvelle consultation des associés pendant le délai de régularisation

Lorsque les associés ou actionnaires décident de poursuivre l'exploitation de la société, une nouvelle consultation n'est pas requise si les résultats des exercices clos pendant le délai de de régularisation de deux ans dont dispose la société se trouvent être déficitaires (*CA Paris 25 mar. 1991, Rép. Cornet, AN 30 avr. 1976, p. 2556 n° 27757*).

Attention : La régularisation doit porter sur l'ensemble des pertes, que ces dernières aient été constatées avant la décision des associés ou qu'elles l'aient été après.

Dès lors, ce n'est qu'après avoir régularisé la situation que la procédure devra éventuellement être entreprise, dans le cas où la société se trouverait à nouveau confrontée à une perte de la moitié du capital.

Remarque : Lorsque les nouvelles pertes sont de nature à compromettre la perspective de régularisation de la situation, il peut être prudent de consulter à nouveau les associés ou actionnaires sur l'opportunité de dissoudre la société.

L'absence de consultation peut :

- être constitutive, aux yeux d'un tribunal, d'une faute de gestion de la part des dirigeants,
- justifier le déclenchement d'une procédure d'alerte par le commissaire aux comptes (*Bull. CNCC juin 2010 p. 422*).

3. Modalités d'accomplissement des formalités de publicité

Les modalités d'accomplissement des formalités de publicité par les dirigeants sociaux, sans être réglementés, sont toutefois encadrées en termes de :

- délai imparti pour procéder aux formalités de publicité : il a été jugé que la décision des associés doit être publiée à bref délai, dans la mesure où cette publicité a pour vocation essentielle de protéger les intérêts des créanciers sociaux (*T. corr. Paris, 20 nov. 1981*),
- d'obligation de publication de la décision des associés ou actionnaires : même si la situation a été régularisée avant l'assemblée générale, cette décision doit être publiée (*Rép. Icart, AN 7 fév. 1970, p. 319, n° 9331, Rép. Vannson, AN 28 nov. 2006 p. 12512, n° 104752*).

4. Modalités de régularisation

La reconstitution des capitaux propres à hauteur d'un montant au moins égal à la moitié du capital social (C. com., art. L 223-42, al. 2 et art. L 225-248, al. 2) peut répondre à deux modalités différentes :

- l'une est automatique et résulte de la réalisation de bénéfices, de l'apparition de plus-values à l'occasion de la cession d'actifs ou de la réévaluation des éléments d'actif immobilisé,
- l'autre procède d'une démarche volontaire d'apurement, dans le cas d'une augmentation du capital, d'une réduction du capital ou d'un abandon de créances.

Remarque : Ces différents mécanismes de reconstitution des capitaux propres ne sont pas exclusifs l'un de l'autre.

4.1. Régularisation automatique

En cas de régularisation automatique, aucune modification statutaire n'est requise et corrélativement aucune formalité de publicité n'est effectuée.

Remarque : Si, en présence de réalisation de bénéfices et d'apparition de plus-values à l'occasion de la cession d'actifs, la régularisation constitue le corollaire d'une amélioration de la situation financière réelle de la société, la régularisation qui résulte de la réévaluation des éléments d'actif immobilisé répond à une démarche différente.

Au gré d'une réévaluation de l'ensemble des immobilisations corporelles et financières de la société (C. com., art. L 123-18, al. 4), une reconstitution des capitaux propres peut intervenir, sous réserve que la réévaluation corresponde à une situation certaine et durable et qu'elle respecte les règles de sincérité du bilan (*Rép. Longuet, JOAN Q, 6 avr. 1981, p. 1537*).

Remarque : Dans les sociétés cotées, la Commission des opérations de bourse a considéré qu'une réévaluation des actifs des sociétés déficitaires, qui consiste à attribuer une valeur accrue à des biens dont l'utilisation a induit des pertes :

- n'est possible que dans la mesure où les immobilisations concernées représentent une potentialité de profits futurs ou qu'elles sont dissociables de l'activité de la société,
- est à proscrire dans le cas de sociétés structurellement déficitaires et dépourvues de perspective de rétablissement,
- suppose, en préalable à toute réévaluation des immobilisations, que les dirigeants sociaux, sous le contrôle des commissaires aux comptes, procède à une évaluation prudente des perspectives de redressement prévisible de la société (*Bull. COB, oct. 1982, n° 152, p. 7*).

4.2. Régularisation volontaire

La régularisation qui résulte d'une démarche volontaire d'apurement, se manifeste d'abord au gré du recours à une augmentation de capital. La mise en œuvre d'une augmentation de capital suppose que les associés ou les actionnaires disposent de l'ensemble des documents nécessaires pour se prononcer en connaissance de cause, au vu d'informations exactes et sincères relative à la situation de la société (*CA Versailles, 12e ch., 20 mai 1999*). Les associés doivent en particulier être éclairés sur les motifs, l'importance et l'utilité de la régularisation, au regard des perspectives d'avenir de la société (*Cass. com., 27 mai 1997, n° 95-15.690 : JurisData n° 1997-002355*).

Remarque : Dans le cas d'une augmentation de capital en numéraire, les actions nouvelles n'ont pas à être intégralement libérées : seul le montant du nouveau capital est à prendre en compte (*Bull. CNCC, déc. 1999, p. 680*) et il suffit que ce capital soit souscrit (*Bull. CNCC, juin 2002, p. 255*).

La réduction du capital, dont le montant doit être au moins égal à celui des pertes qui n'ont pu être imputées sur les réserves, est le seul mécanisme susceptible d'être sollicité pour régulariser la situation de la société lorsque le délai légal, expirant à la clôture du deuxième exercice suivant celui au cours duquel la constatation de la perte de plus de la moitié du capital social est intervenue, est échu.

Remarque : Dans les SA et, par assimilation, dans les SCA, une éventuelle réduction du capital en-deçà du minimum légal de 37 000 euros n'est possible que sous la condition suspensive d'une augmentation destinée à le porter à un montant au moins égal à ce minimum (*C. com., art. L 224-2*).

La régularisation par abandon de créance est en particulier mise en œuvre dans les relations entre une société mère et une filiale en difficulté.

Remarque : Le régime fiscal de l'abandon de créance diffère selon que la société mère entretient ou non avec sa filiale des relations commerciales :

- lorsque l'abandon de créance a un caractère commercial et qu'il comporte une contrepartie pour la société qui le consent, il constitue une perte déductible pour la société mère et un profit pour la filiale,
- lorsque l'abandon de créance n'a pas de caractère commercial et qu'il intervient dans le cadre d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires, il n'est déductible qu'à hauteur de la situation nette négative de la filiale.

En dehors de ces procédures, les abandons de créances ne sont pas déductibles.

5. Publicité de la régularisation

Après régularisation, la société peut demander la suppression au Registre du commerce et des sociétés de la mention relative à la perte de la moitié du capital, en déposant au greffe le procès-verbal de l'assemblée générale constatant la reconstitution des capitaux propres (*Rép. Amic, Sén. 23 oct. 1975, p. 3061, T. com. Paris, 17 jan. 1979, Avis du Comité de Coordination du Registre du Commerce et des Sociétés 2013-034, 17 déc. 2013*).

Remarque : Même si cette formalité de suppression ne repose pas sur un fondement textuel, elle trouve sa justification dans l'inconvénient que peut représenter le maintien sur les extraits K-bis de la société concernée d'une telle mention, nonobstant la régularisation de la situation.

La suppression de la mention relative à la perte de la moitié du capital n'a pas à être précédée d'une insertion dans un journal d'annonces légales (*T. com. Paris, 17 jan. 1979*).

6. Sanction du défaut de régularisation

Faute de reconstitution de ses capitaux propres dans le délai de deux ans, tout intéressé peut demander au tribunal de commerce de prononcer la dissolution de la société.

Le tribunal de commerce :

- peut accorder à la société un délai maximal de six mois pour procéder à la reconstitution de ses capitaux propres,
- ne peut pas prononcer la dissolution de la société si, le jour où il statue sur le fond, cette reconstitution a eu lieu (*C. com., art. L 223-42, al. 4, art. L 225-248, al. 4 et art. R 210-15*).

Attention : Ces dispositions sont d'ordre public : en l'absence de reconstitution des capitaux propres, le juge ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation et doit prononcer la dissolution (*CA Versailles, 13e ch., 25 nov. 1987*).

La jurisprudence a donné un contenu concret à l'expression « tout intéressé », en considérant que :

- la seule qualité de créancier de la société ne suffit pas à caractériser l'intérêt requis pour demander la dissolution de la société (*CA Paris, 3e ch. B, 18 fév. 1994, n° 91-024474*),

- l'action en dissolution de la société est ouverte à un concurrent, sous réserve de remplir les conditions posées par l'art. 31 du Code de procédure civile (*CA Paris, pôle 5 ch. 9, 27 mar. 2014 n° 13-14014*),
- un actionnaire est fondé à demander la dissolution de la société, en vertu de l'art. L 225-248, nonobstant le fait que ledit actionnaire se soit opposé à une augmentation de capital, destinée à permettre la régularisation de la situation de la société dont les capitaux propres étaient devenus inférieurs à la moitié de son capital social (*Cass. com., 31 oct. 2006 n° 05-13.890 : JurisData n° 2006-035656*).

Attention : La sanction de la dissolution n'est pas exclusive de la possibilité de mettre en cause la responsabilité civile des dirigeants de la société concernée, dans l'hypothèse où leur inaction a causé un préjudice à la société (*Cass. com., 10 mai 2012, n° 11-11.903 : JurisData n° 2012-009451 ; Dr sociétés 2013 comm 88, note J-P. Legros, Rép. Briane, AN 13 mar. 1976 p. 1028 n° 25656, Rép. Guillard, Sén. 22 fév. 1977 p. 216 n° 22217*).

OUTILS

1. Check-list

- mettre en œuvre la procédure si les capitaux propres de la société sont devenus inférieurs à la moitié du capital social ;
- dans les quatre mois consécutifs à l'approbation des comptes ayant fait apparaître la perte de la moitié du capital, consulter les associés ou actionnaires à l'effet de décider s'il y a lieu à dissolution anticipée de la société ;
- publier la décision de poursuite d'exploitation ou de dissolution de la société, prise par les associés ;
- si la poursuite de l'exploitation a été décidée, régulariser la situation dans un délai qui expire à la clôture du deuxième exercice suivant celui au cours duquel la constatation de la perte de plus de la moitié du capital social est intervenue.

© LexisNexis SA