

Coup d'accordéon : la réduction du capital à zéro indissociable de son augmentation

LETTRE CREDA-SOCIÉTÉS

n° 2023-02 du 25 janvier 2023

Dans un arrêt du 4 janvier 2023 (Cass. com., 4 janv. 2023, n° 21-10.609, F-B), la Cour de cassation énonce que, dans une société par actions, la réduction du capital à zéro ne peut produire légalement effet tant que l'augmentation de son capital n'a pas été réalisée. Jusqu'à cette augmentation effective du capital, les actionnaires concernés par la réduction demeurent associés. La solution est opportune, mais la référence à l'article L. 224-2 du Code de commerce peut surprendre.

CONTEXTE DE LA SOLUTION

En 2015, les actionnaires d'une société par actions simplifiée avaient décidé la réduction du capital à zéro et l'augmentation du capital par création d'actions nouvelles, avec maintien du droit préférentiel de souscription. Seul l'actionnaire majoritaire souscrivit à celle-ci. Un des actionnaires minoritaires, ainsi évincé, avait alors saisi le juge des référés afin de demander la suspension des décisions de cette assemblée. Il estimait n'avoir pas été mis en mesure de souscrire à cette augmentation du capital. Dans son ordonnance, le Président du tribunal de commerce fit droit à sa demande en suspendant les résolutions de l'assemblée constatant la souscription de l'augmentation du capital, mais non celles relatives à la réduction du capital à zéro et au principe de son augmentation.

Un mois après la décision du juge des référés, l'actionnaire majoritaire – se croyant associé unique – décida d'un apport partiel d'actif d'une branche d'activité de la SAS à une autre société, détenue par la SAS et une autre personne. Le minoritaire évincé a alors agi en nullité de la décision d'apport partiel d'actif ; mais la Cour d'appel de Paris déclara irrecevable son action. Le minoritaire évincé n'avait plus, selon elle, la qualité d'associé au jour de l'introduction de son action, ce qui le privait donc de toute qualité à agir en nullité de la délibération litigieuse. Pour justifier sa solution, la cour d'appel avait retenu que le juge des référés n'avait suspendu que la seule résolution relative à la souscription de l'augmentation de capital. Celle relative à la réduction du capital était toujours effective de sorte que le minoritaire avait perdu sa qualité d'actionnaire.

SOLUTION DE LA COUR

Au visa des articles [L. 210-2](#) et [L. 224-2](#) du Code de commerce, la chambre commerciale énonce que « la réduction à zéro du capital d'une société par actions n'est licite que si elle est décidée sous la condition suspensive d'une augmentation effective de son capital amenant

celui-ci à un montant au moins égal au montant minimum légal ou statutaire ». Elle en conclut que la cour d'appel aurait dû déduire de la suspension de la réalisation de l'augmentation de capital que « la résolution décidant de la réduction à zéro du capital de la société ne pouvait, sauf à priver cette société de tout capital, légalement produire effet, peu important que la suspension de cette résolution n'ait pas été ordonnée en référé, de sorte que [le minoritaire] avait conservé, à la date à laquelle il avait introduit son action, la qualité d'actionnaire ». L'arrêt d'appel est donc cassé.

Il ne paraît pas très contestable que le minoritaire avait toujours la qualité d'associé au jour de l'introduction de son action en nullité de l'apport partiel d'actif. Dans le cas contraire, il aurait fallu admettre qu'aucune personne n'avait la qualité d'associé depuis la suspension de l'augmentation de capital par le juge des référés. On aurait été alors confronté à une figure insolite : la société sans associé ! Il est donc parfaitement opportun de conférer un caractère indissociable de la réduction du capital à zéro avec son augmentation subséquente dès lors que l'on tient pour acquis – mais la question pourrait être discutée – que la réduction du capital à zéro emporte la perte de la qualité d'associé. Pour justifier cette solution opportune, la Cour de cassation se fonde sur deux textes : les articles L. 224-2 et L. 210-2 du Code de commerce.

L'ARTICLE L. 224-2 DU CODE DE COMMERCE

L'article L. 224-2 du Code de commerce, figurant dans le chapitre intitulé « Dispositions générales applicables aux sociétés par actions », fixe dans son premier alinéa à 37 000 € le capital social minimum dans une société par actions. Dans son deuxième

alinéa, il est prévu que « la réduction du capital social à un montant inférieur ne peut être décidée que sous la condition suspensive d'une augmentation de capital destinée à amener celui-ci à un montant au moins égal au montant prévu à l'alinéa précédent ». En cas d'inobservation de cette exigence, toute personne peut demander en justice la dissolution de la société. La référence à cet article suscite au moins deux difficultés.

La première, et non des moindres, est que cet article n'est pas applicable à la société par actions simplifiée. Le troisième alinéa de l'article [L. 227-1 du Code de commerce](#) exclut expressément l'application de l'article [L. 224-2](#) à la SAS et ce depuis la loi LME du 4 août 2008.

La seconde difficulté réside dans le fait que la chambre commerciale n'applique pas véritablement ce texte. En effet, ce texte ne confère pas un caractère indissociable entre la réduction du capital en-dessous du minimum légal et l'augmentation du capital. Cette disposition envisage seulement la possibilité de demander la dissolution de la société sous réserve d'une éventuelle régularisation, ce qui démontre que la réduction du capital produit tout de même effet.

L'article [L. 224-2](#) n'est donc ni applicable, ni appliqué par la chambre commerciale. Il est alors possible de douter qu'il soit le fondement de la solution ainsi retenue. Tout au plus, cette disposition constitue-t-elle une source d'inspiration dont elle aurait dû se garder d'en faire mention dans le visa. L'inspiration n'est pas particulièrement heureuse, d'ailleurs, lorsque la Cour précise que l'augmentation effective du capital doit amener celui-ci à un montant au moins égal au minimum légal – elle vise les SA et SCA – ou statutaire – elle vise les SAS. En dehors des sociétés à capital variable, quels statuts de SAS fixent un montant minimal du capital social que les associés ne pourraient jamais modifier ?

L'ARTICLE L. 210-2 DU CODE DE COMMERCE

L'article [L. 210-2](#) énumère les différents éléments que doivent déterminer les statuts d'une société commerciale et parmi lesquels figure le montant du capital social. De ce texte, la Cour de cassation paraît en déduire l'impossibilité, pour une société par actions, d'être dépourvue de tout capital social. En effet, dans la conclusion de ses motifs, la chambre commerciale précise que la réduction du capital à zéro ne pouvait « légalement produire effet » en l'absence d'une augmentation effective du capital, car sinon la société serait privée de tout capital social. Assurément, cet article paraît être le véritable fondement de l'arrêt. Quatre remarques.

Il serait à nouveau possible de discuter de l'applicabilité à la SAS de l'article [L. 210-2](#) en ce qui concerne la détermination du montant du capital social. L'ordonnance n° 2009-80 du 22 janvier 2009 a supprimé l'alinéa 2 de l'article L. 227-2 énonçant que « le montant du capital social est fixé par les statuts ». Supprimer une disposition du droit spécial reprenant le contenu d'une disposition générale, est-ce évincer le droit commun ? On peut en douter.

Toujours est-il que la Cour de cassation applique ce texte et pose donc le principe dans la SAS, et plus généralement dans les sociétés par actions, de l'existence d'un capital social. Et s'il faut un capital social en cours de vie sociale, il est possible logiquement d'en déduire qu'une société par actions ne peut pas être constituée sans capital social, sans apports en nature ou en numéraire, sans capitaux, même si le législateur admet l'émission d'actions inaliénables dans une SAS (C. com., art. L. 227-1).

Autre enseignement de cet arrêt, la suspension de l'effet de la réduction du capital à zéro est de source légale, à savoir l'article L. 210-2 imposant l'existence d'un capital social. Il n'est alors pas indispensable de stipuler cette condition suspensive dans la résolution contrairement à ce que suggère l'attendu de principe (« la réduction n'est licite que si elle est décidée sous la condition suspensive... »). D'ailleurs, en l'espèce, une telle condition avait été effectivement stipulée et pourtant la Cour de cassation ne se fonde pas sur elle, et sur le principe de la force obligatoire des contrats, pour retenir sa solution.

Dernière remarque : cette solution est-elle transposable à l'ensemble des sociétés commerciales ? La référence à l'article [L. 210-2](#), qui relève du droit commun des sociétés commerciales, inviterait à le penser. Pour autant, la réponse n'est pas évidente tant le capital social n'occupe pas la même place selon que la société est à responsabilité limitée ou non. Par exemple, dans une SARL, [l'article L. 223-42 du Code de commerce](#), traitant de la situation dans laquelle les capitaux propres sont devenus inférieurs à la moitié du capital social, n'aurait aucun sens en l'absence de capital social. C'est la fonction de garantie des tiers, malmenée par l'absence d'un montant minimal, qui justifie l'existence d'un capital social. En revanche, dans une SNC, le capital social assure uniquement une fonction de répartition supplétive des droits financiers ce qui pourrait justifier d'en faire l'économie. D'ailleurs, il est coutume d'enseigner qu'une SNC pourrait être constituée uniquement avec des apports en industrie.



Gauthier Le Noach
Maître de conférences à
l'Université Paris Nanterre