

**COMITE DE COORDINATION DU REGISTRE
DU COMMERCE ET DES SOCIETES (CCRCS)**
(Art. R. 123-81 du code de commerce)

AVIS N° 2014-013

Question : Quelle doit être l'attitude du greffier, saisi de la demande d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés (RCS) d'une société en commandite par actions (SAS) dans laquelle un même associé cumule la qualité d'associé commandité et commanditaire, voire en outre celle de gérant ?

Demande d'avis de greffiers de tribunal de commerce

(SAS – Qualités de commandité, commanditaire et gérant – Admissibilité du cumul – Contrôle du greffier)

1.- La société en commandite par actions (SCA) est une forme de société regroupant deux catégories d'associés : les uns (commanditaires), apporteurs de capitaux, ne supportant les pertes que dans la limite de leurs apports ; un ou plusieurs autres (commandités), souvent désignés comme gérants, solidairement et indéfiniment responsables du passif.

Son régime emprunte largement, pour partie à celui de la société anonyme (SA), pour partie à celui de la société en commandite simple (SCS). L'article L.226-1 du code de commerce, introduisant le chapitre qui lui est consacré, est ainsi rédigé :

« La société en commandite par actions, dont le capital est divisé en actions, est constituée entre un ou plusieurs commandités, qui ont la qualité de commerçant et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales et des commanditaires, qui ont la qualité d'actionnaires et ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports.

Dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières prévues par le présent chapitre, les règles concernant les sociétés en commandite simple et les sociétés anonymes, à l'exception des articles L.225-17 à L.225-93 [traitant des conseil d'administration, directoire et conseil de surveillance des sociétés anonymes] sont applicables aux sociétés en commandite par actions ».

Il résulte par ailleurs des dispositions dudit chapitre, qu'outre l'assemblée générale des associés et un commissaire aux comptes au moins, le fonctionnement de la SCA est assuré par :

- Un ou plusieurs gérants, « associés ou non », étant précisé que « le ou les premiers gérants sont désignés par les statuts » et les suivants « au cours de l'existence de la société, sauf clause contraire des statuts, ... par l'assemblée générale ordinaire avec l'accord de tous les associés commandités » (art. L. 226-2) ;

- Un conseil de surveillance « composé de trois actionnaires au moins » nommé par l'assemblée générale, étant précisé qu' « à peine de nullité de sa nomination, un associé commandité ne peut être membre du conseil de surveillance » et que « les actionnaires ayant la qualité de commandité ne peuvent participer à la désignation des membres de ce conseil » (art. L. 226-4)

En l'absence de disposition traitant directement de la question, il doit être admis qu'il s'infère des dispositions ci-dessus rappelées, et notamment de celles afférentes à la composition du conseil de surveillance, que le nombre d'associés d'une SCA doit être au minimum de quatre, soit au moins : trois associés commanditaires ; un associé commandité.

2.- Saisi d'une demande d'immatriculation au Registre du Commerce et des Sociétés (RCS), le greffier doit notamment vérifier que « *les énonciations sont conformes aux dispositions législatives et réglementaires* » et en outre, pour les sociétés commerciales, que « *la constitution ou les modifications statutaires ... sont conformes aux dispositions législatives et réglementaires qui les régissent* » (art. R. 123-95 du code de commerce).

La SCA étant une société commerciale, se pose la question de savoir s'il s'impose au greffier de relever une non-conformité lorsqu'un associé commandité est présenté comme ayant également la qualité d'associé commanditaire voire éventuellement, en outre, celle de gérant. La possibilité de tels cumuls a donné lieu à des divergences d'appréciation.

Sans doute est-il acquis qu'un associé commandité peut être propriétaire d'actions, le cas d'« *actionnaires ayant la qualité de commandités* » étant d'ailleurs expressément envisagé (art. L. 226-4). Mais, il a été contesté que, dans une telle hypothèse, l'associé puisse être également qualifié de commanditaire même si, après avoir posé pour principe que « *le capital est divisé en actions* », la loi paraît bien lier qualité de commanditaire et d'actionnaire (art. L. 226-1 précité, 1^{er} alinéa).

Au soutien de cette contestation, il a été essentiellement avancé qu'une telle possibilité exposerait à un risque de contournement de l'interdiction pour un commandité d'être membre du conseil de surveillance (art. L. 226-4 précité). En réalité, l'argument n'emporte pas la conviction. Et il apparaît que, sur le principe, l'attribution dans les statuts de la qualité de commanditaire au commandité actionnaire est compatible avec les dispositions légales.

En effet, l'interdiction faite au commandité d'être membre du conseil de surveillance ne distingue pas selon que l'intéressé est ou non par ailleurs commanditaire. Sa seule conséquence est d'imposer que le conseil de surveillance soit exclusivement composé de trois associés au moins ayant exclusivement cette dernière qualité.

Apparaît de même compatible avec les dispositions légales la désignation comme gérant d'un associé simultanément commandité et commanditaire, même si est applicable à la SCA - puisque compatible avec les dispositions particulières la régissant (art. L. 226-1 précité, 2^{ème} alinéa) - le principe posé pour la SCS selon lequel :

« L'associé commanditaire ne peut faire aucun acte de gestion externe, même en vertu d'une procuration.

En cas de contravention à la prohibition prévue par l'alinéa précédent, l'associé commanditaire est tenu solidairement avec les associés commandités, des dettes et engagements de la société qui résultent des actes prohibés. Suivant le nombre ou l'importance de ceux-ci, il peut être déclaré solidairement obligé pour tous les engagements de la société ou pour quelques-uns seulement » (art. L. 222-6).

En effet, en l'absence de nullité expressément prévue comme c'est le cas pour nombre d'autres prescriptions particulières à la SCA, la désignation d'un associé simultanément commandité et commanditaire ne serait pas moins valable. La seule sanction prévue, en cas de contravention au principe précité, se situe sur le terrain de l'obligation personnelle du commanditaire aux engagements sociaux. Elle est sans application à l'associé par ailleurs commandité, par hypothèse indéfiniment et solidairement tenu à ceux-ci.

EN CONSEQUENCE, LE COMITE DE COORDINATION EMET L'AVIS SUIVANT :

Dans l'exercice de son contrôle de conformité de la constitution des sociétés commerciales, il n'y a pas lieu pour le greffier de relever d'irrégularité en cas d'associé présenté comme cumulant la qualité de commandité et de commanditaire, voire en outre celle de gérant, dès lors que trois au moins des autres associés ont la seule qualité de commanditaire.

Délibération du 12 juin 2014

Membres du CCRCS ayant délibéré : Jacques DRAGNE (président),
Christiane MESTRALETTI (rapporteur), Jean Marc BAHANS,
Jean-Paul TEBOUL, Cécile VITON

Secrétaire générale : Mariette SERRES
A publier (site Internet : <www.justice.gouv.fr> - accès :
« Textes et Réforme »)

Le Président,



Secrétariat CCRCS : DACS - Bureau du droit commercial
Ministère de la Justice - 13, place Vendôme - 75042 Paris Cedex
Tél. 01 44 77 61 90 et 01 44 77 63 98 - Courriel : CCRCS.DACS@justice.gouv.fr