

LES SOCIÉTÉS D'ARCHITECTURE ET LA DIRECTIVE « SERVICES »

La loi du 3 janvier 1977 sur l'architecture n'impose aux architectes aucune forme sociale particulière dans la constitution des sociétés d'architecture. En revanche, des règles particulières, destinées à assurer l'indépendance des architectes exerçant leurs activités au sein de ces sociétés, fixent la composition du capital social et des organes de direction et d'administration¹. Les architectes doivent détenir plus de la moitié du capital et des droits de vote ; au moins le vingtième du capital et des droits de vote doit appartenir à un architecte personne physique ; en outre, la participation des personnes morales autres que les sociétés d'architecture est plafonnée au quart du capital et des droits de vote ; l'entrée d'un tiers est soumise à l'agrément des associés ; enfin, les principaux dirigeants doivent être des architectes.

La prochaine mise en harmonie du droit français avec la directive « services »² pourrait cependant aboutir à la suppression des restrictions relatives à la détention du capital social et des droits de vote, aux motifs qu'elles constituent une entrave à la liberté d'établissement et que l'indépendance des architectes exerçant en société pourrait être assurée par des dispositions jugées moins contraignantes. Les mesures que le ministère des finances, chargé de cette réforme, projeterait de substituer aux règles actuelles suscitent cependant de nombreuses interrogations quant aux conditions de leur mise en œuvre : d'une part, la détention de la majorité du capital et des droits de vote serait interdite aux membres de certaines professions : promoteurs, constructeurs, fabricants ou marchands de matériaux ; en revanche, le capital des sociétés d'architecture serait largement ouvert aux acteurs de la maîtrise d'œuvre : ingénieurs, économistes et aussi maîtres d'œuvre en bâtiment (I) ; d'autre part, les pouvoirs de direction, qui resteraient attribués aux architectes, seraient dissociés de la détention du capital et des droits de vote (II).

I. - La détention du capital et des droits de vote

Il est toujours malaisé d'interdire à certaines personnes de contrôler une société, car le contrôle peut s'exercer de nombreuses manières³. Il ne suffit pas de prohiber la détention de la majorité du capital et des droits de vote pour éviter une prise de contrôle, car la détention du capital et des droits de vote peut être indirecte ; un promoteur pourrait ainsi détenir la majorité du capital d'une société d'architecture par l'intermédiaire d'une ou plusieurs filiales dont l'objet est étranger à la promotion immobilière. Convient-il de remonter la chaîne de participations jusqu'à la société de promotion immobilière ? L'exercice du contrôle peut aussi résulter d'une action de concert, lorsque deux ou plusieurs personnes mettent en œuvre une politique commune à l'égard d'une société⁴. Un fabricant de matériaux et un constructeur pourraient ainsi contrôler une société d'architecture, alors que chacun d'entre eux serait minoritaire en capital et en droits de

¹ Art. 13 de la loi n° 77-2 du 3 janvier 1977

² Directive n° 2006/123/CE du 12 décembre 2006

³ V. art. L. 233-3 et L. 233-16 du code de commerce

⁴ Art. L. 233-3, III, du code de commerce

vote. Faudra-t-il alors rechercher l'existence d'une politique commune conduite à l'égard de la société ?

Il peut paraître séduisant de se référer à une définition élaborée du contrôle, embrassant un grand nombre de situations, de droit ou de fait. L'article L. 233-3 du code de commerce distingue ainsi quatre formes de contrôle⁵ ; il peut servir de modèle. Toutefois, il est peu probable que les conseils régionaux de l'ordre des architectes, chargés d'assurer le respect des règles relatives à la composition du capital et à la détention des droits de vote⁶, disposent des moyens nécessaires à la mise en œuvre de dispositions beaucoup plus complexes que les règles actuelles⁷.

Ces interrogations révèlent la difficulté d'adopter des dispositions moins contraignantes que celles que l'on connaît. Une loi simple, se bornant à prohiber la détention de la majorité du capital et des droits de vote, sera aisément contournable ; une loi complexe, se référant à une notion élaborée du contrôle, sera très difficile à appliquer, alourdissant considérablement, de surcroît, le contrôle administratif de l'ordre. Dans les deux cas, la loi sera inefficace.

Le même constat peut être formulée à propos de la dissociation de la direction de la société et de la détention du capital et des droits de vote.

II. – La dissociation de la direction des sociétés et de la détention du capital et des droits de vote

Est-il possible de dissocier la direction des sociétés d'architecture d'avec la détention du capital et des droits de vote, de confier durablement à des architectes minoritaires en capital et en droits de vote la gestion des affaires sociales ?

Il existe effectivement des sociétés au sein desquelles cohabitent deux catégories d'associés, les uns gérant et les autres finançant ; ce sont les sociétés en commandite dans leurs différentes formes : sociétés en commandite simple ou sociétés en commandite par actions⁸. Les gérants sont choisis parmi les commandités ou parmi les tiers, alors qu'il est défendu aux commanditaires de participer à la gestion externe de la société⁹. En outre, les commanditaires ne peuvent, en principe, imposer leurs décisions aux commandités. Les

⁵ Contrôle de droit, contrôle de fait, contrôle par la conclusion d'une convention de vote et contrôle par la désignation et la révocation des dirigeants sociaux

⁶ Art. 23 de la loi du 3 janvier 1977

⁷ L'article 12, alinéa 2, de la loi du 3 janvier 1977 fait obligation à toute société d'architecture de communiquer au conseil régional dont elle relève ses statuts, la liste de ses associés ainsi que toute modification statutaire. Ces documents doivent permettre au conseil régional de s'assurer que les règles relatives à la détention du capital et des droits de vote sont respectées ; ils seraient manifestement insuffisants s'il était interdit aux membres de certaines professions de contrôler, directement ou indirectement, toute société d'architecture.

⁸ Les personnes qui n'appartiennent pas à l'ordre des architectes ne peuvent détenir plus de la moitié du capital des sociétés d'exercice libéral en commandite par actions d'architecture, ni y exercer plus de la moitié des droits de vote (art. 5 et s. de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990).

⁹ Art. L. 222-6, al. 1^{er}, du code de commerce

sociétés en commandite ne représentent pourtant que 0,08 % des sociétés immatriculées¹⁰. C'est qu'elles souffrent de sérieux défauts. En effet, alors que la responsabilité des commanditaires est limitée au montant de leurs apports, les commandités sont tenus indéfiniment et solidairement des dettes de la société¹¹. S'ils adoptaient cette formule, les architectes payeraient leur indépendance au prix fort, en renonçant au bénéfice de la limitation de responsabilité qu'offrent les sociétés de capitaux, alors même que l'objectif de la loi du 3 janvier 1977 était de leur permettre de constituer des sociétés pour limiter leur responsabilité personnelle. Ils acquerraient aussi la qualité de commerçants, qui est attachée de plein droit au statut des commandités¹². Sans doute pourraient-ils, afin de pallier ces inconvénients, s'abriter derrière une société de capitaux unipersonnelle, qui aurait la qualité d'associée commanditée. Est-il besoin de souligner la complexité et le coût de fonctionnement de ce montage ? De plus, la mésentente entre les commandités et les commanditaires, aboutissant au blocage de la société, peut conduire à la dissolution judiciaire de celle-ci¹³. La pérennité de la société ne serait donc pas toujours assurée.

La dissociation de la direction des sociétés et de la détention du capital et des droits de vote passe-t-elle nécessairement par le choix de la société en commandite ? Ne peut-on mettre en œuvre cette dissociation dans les autres formes sociales ? Il faut apporter à ces questions une réponse nuancée.

Il est, en effet, très difficile de dissocier simplement la direction de la société d'avec la détention des droits de vote. La nomination et la révocation des principaux dirigeants, dans toutes les sociétés munies de la personnalité morale, relèvent d'une décision collective des associés ou des statuts, dont la modification est, en principe, de la compétence des associés. La société par actions simplifiée fait certes exception à cette règle ; il y est possible d'attribuer le pouvoir de modifier les statuts à un organe social autre que la collectivité des associés¹⁴. Il est cependant douteux que l'on puisse laisser à un organe social le pouvoir de prendre les décisions le concernant ; « on imagine mal, par exemple, que l'on donne compétence au président pour décider sa révocation ou son renouvellement ou pour s'octroyer des pouvoirs¹⁵. » Dans un arrêt du 27 février 1997, rendu à propos d'une société civile, la cour d'appel de Paris a ainsi jugé que le droit de désigner les nouveaux organes sociaux à la fin du mandat des gérants actuels est un droit propre des associés, qui « participe de l'essence même du droit des sociétés, s'agissant de leurs règles de fonctionnement¹⁶ ». Ces principes paraissent bien avoir une portée générale.

¹⁰ Au 1^{er} janvier 2007

¹¹ Art. L. 222-1, al. 1^{er}, et L. 226-1, al. 1^{er}, du code de commerce

¹² Art. L. 222-1, al. 1^{er}, et L. 226-1, al. 1^{er}, du code de commerce. Seuls les commandités des sociétés d'exercice libéral en commandite par actions n'ont pas la qualité commerçants (art. 13, al. 2, de la loi du 31 décembre 1990).

¹³ C.A. Paris, 8 juillet 1994 : Bull. Joly Sociétés 1994, § 300, p. 1093, note P. Le Cannu.

¹⁴ Art. L. 227-9, al. 1^{er} et 2, du code de commerce ; P.-L. Périn, *La société par actions simplifiée*, 3^e éd., Joly éditions, 2008, n° 467 ; A. Charvériat et A. Couret, *Société par actions simplifiée*, 3^e éd., éd. F. Lefebvre, 2001, n° 1304.

¹⁵ A. Charvériat et A. Couret, *op. cit.*, n° 1302.

¹⁶ C.A. Paris, 27 février 1997 : Bull. Joly Sociétés 1997, § 227, p. 573, note J.-P. Garçon.

Le droit des sociétés offre ainsi diverses techniques permettant de dissocier plus ou moins complètement la détention du capital et le pouvoir de direction : holding de contrôle, parts et actions à droit de vote plural, actions de préférence sans droit de vote, démembrement de la propriété des droits sociaux. Ces techniques, que l'on peut combiner, sont cependant d'un maniement difficile et d'une complexité certaine en raison des contraintes qu'elles entraînent ou des limites qui les affectent.

Le recours à la holding de contrôle nécessite que la société d'architecture soit contrôlée par une autre société contrôlée par les architectes ; les autres associés de la société d'architecture ou de la holding sont minoritaires. Il faudrait donc constituer deux sociétés.

Par ailleurs, les parts ou actions à droit de vote plural, qui pourraient être attribuées aux architectes et leur conférer le contrôle de la société d'architecture, sont interdites dans les sociétés à responsabilité limitée et dans les sociétés anonymes¹⁷ ; ce qui en réduit singulièrement l'intérêt. Les actions de préférence sans droit de vote, souscrites par les associés qui n'ont pas la qualité d'architectes, ne peuvent être émises, comme leur nom l'indique, que par les sociétés par actions ; en dehors de ce cas, prévu par la loi, il n'est pas possible de créer des parts ou des actions dépourvues du droit de vote¹⁸.

Enfin, on peut recourir au démembrement de la propriété des droits sociaux qui permet d'attribuer statutairement aux architectes, usufruitiers des parts ou des actions de la société d'architecture, l'intégralité du droit de vote, les nus-proprétaires participant aux décisions collectives avec voix consultative¹⁹. Toutefois, cette situation est nécessairement temporaire ; d'une part, au décès de l'architecte, la pleine propriété des droits sociaux se reconstitue sur la tête du nu-proprétaire qui recouvre ainsi le droit de vote ; d'autre part, l'usufruit consenti à une société d'architecture ne peut dépasser trente ans²⁰. De surcroît, les bénéfices distribués reviennent, en principe, aux usufruitiers, de sorte que l'état de nu-proprétaire ne convient guère à un investisseur.

Dissocier la direction de la société et la détention du capital et des droits de vote est donc un exercice malaisé ; les techniques qui l'autorisent sont complexes à mettre en œuvre et parfois fragiles ; en outre, elles ne permettent pas toujours de surmonter une mésentente survenant entre les deux catégories d'associés qu'elles ont contribué à distinguer ; c'est une faiblesse dont souffrent aussi les sociétés en commandite. Afin d'éviter la dissolution judiciaire de la société pour mésentente entre associés, il faudrait ménager une faculté de retrait aux uns ou aux autres, impliquant un remboursement de la valeur des droits sociaux des associés retrayants, sans compter les difficultés de

¹⁷ Art. L. 223-28, al. 1^{er} et 5, et L. 225-22, I, du code de commerce

¹⁸ V. Cass. com., 23 octobre 2007 : *Bull. Joly Sociétés* 2008, § 23, p. 101, note D. Schmidt ; Cass. com., 9 octobre 1999 : *Bull. Joly Sociétés* 1999, § 122, p. 566, note J.-J. Daigre.

¹⁹ Cass. com., 2 décembre 2008 : *Bull. Joly Sociétés* 2009, § 25, p. 116, note Th. Revet ; Cass. 2^e civ., 13 juillet 2005 : *Bull. Joly Sociétés* 2006, § 43, p. 217, note P. Le Cannu ; Cass. com., 22 février 2005 : *Bull. Joly Sociétés* 2005, § 232, p. 977 ; Cass. com., 4 janvier 1994 : *Bull. Joly Sociétés* 1994, § 68, p. 279.

²⁰ L'usufruit accordé à des personnes morales ne dure que trente ans (art. 619 du code civil) et cette règle est impérative (Cass. 3^e civ., 7 mars 2007 : *Bull. civ.* III, n° 36).

financement qui l'accompagnent souvent. L'ingénierie juridique qu'il conviendra de déployer aura un coût qui pèsera sur les sociétés d'architecture qui y auront recours.

En conclusion, il apparaît qu'assouplir les règles de composition du capital des sociétés d'architecture soulève de redoutables difficultés de mise en œuvre et revient, en réalité, à déplacer les contraintes plutôt qu'à les réduire, compliquant sérieusement la préservation de l'indépendance des architectes exerçant en société et alourdissant d'autant le contrôle ordinal pesant sur les sociétés d'architecture, à supposer que les conseils régionaux puissent effectivement l'assurer.

Maxime DELHOMME
Avocat au barreau de Paris

Philippe REIGNÉ
Agrége des facultés de droit
Professeur du Conservatoire national des arts et métiers