La protection des minoritaires fondée sur l'autonomie de la filiale

164. Le risque qu'encourent les créanciers des sociétés filiales trouve également sa source dans l'organisation structurelle du groupe, qui transcende souvent la personnalité morale de chacune des sociétés membres. Comme nous l'avons constaté dans le chapitre préliminaire, cette organisation est diverse : le groupe pouvant revêtir une structure pyramidale, radiale, circulaire, ou complexe. Le groupe pyramidal (dit aussi *en cascade*) se compose d'une société mère qui contrôle des filiales contrôlant à leur tour des sous filiales et ainsi de suite. Dans cette forme, on constate l'existence d'un groupe principal constitué d'une société mère – tête du groupe – et des sociétés filiales directes, et d'un ou de plusieurs sous-groupes composés des filiales et des sous-filiales. La société mère exerce en l'occurrence deux types de contrôle : un contrôle direct sur les filiales et un indirect sur les sous-filiales. Le groupe radial est une structure où la société mère contrôle directement l'ensemble des filiales, sans qu'il existe entre ces dernières de lien en capital. Le contrôle qu'elle exerce sur ses filiales est direct, et non indirect ou par personne interposée. Le groupe circulaire est une forme dans laquelle une première société contrôle une deuxième qui en contrôle à son tour une troisième et ainsi de suite, la dernière de la chaîne contrôlant à son tour la première. Il existe enfin le groupe à structure complexe qui peut revêtir à la fois les différentes formes décrites ci-dessus.

165. Ces organisations structurales du groupe débouchent en effet sur une antinomie criante entre la réalité et le droit. Il s'agit de l'autonomie juridique dont dispose chacune des filiales à l'égard des autres sociétés du groupe³⁷³ et l'interdépendance économique qui lie l'ensemble de ces sociétés autour d'une seule et même société mère. Cette contradiction n'est pas sans avantage à la fois pour la société mère et ses filiales et pour les associés minoritaires de ces dernières, la société mère y trouvant une grande latitude pour répartir les tâches opérationnelles entre ses filiales et aménager les capitaux et les pouvoirs au sein de son groupe. De leur côté, les associés minoritaires des sociétés filiales sont classés sous le même régime de protection applicable à ceux des sociétés isolées. L'appartenance de leur société à un groupe ne met pas en péril leurs droits à l'égard de cette dernière. Les sociétés filiales en tirent elles-mêmes avantage : cette situation paradoxale n'est pas de

³⁷³ Dans une affaire récente (*Cass. com. 11-17.458, 11 sept. 2012*), la chambre commerciale de la Cour de cassation a rappelé que « *que sauf confusion des patrimoines ou fictivité de la société, l'autonomie de la personne juridique fait obstacle à ce qu'une personne morale ait à répondre sur son patrimoine des faits d'une autre personne morale du même groupe à ce seul motif* »

nature à les priver de personnalité morale. Leurs organes sociaux, dont la société mère, restent soumis dans l'exercice de leurs pouvoirs aux mêmes dispositions régissant ceux des sociétés non-affiliées d'un groupe.

Dès lors, à partir de ces aspects juridiques, nous essayerons dans ce chapitre de rassembler les différentes règles assurant l'indépendance de la société filiale vis-à-vis de sa mère. Il s'agit des dispositions relatives aux droits des associés minoritaires (1^{ère} section), et de celles afférentes à l'organisation légale des pouvoirs au sein de la filiale (2^{ème} section).

Section I : L'obligation de respecter les droits des minoritaires

166. Les droits des associés minoritaires à l'égard de la filiale sont divisés selon leur nature en deux catégories : droits extra-pécuniaires (1^{ère} sous-section) et droits pécuniaires (2^{ème} sous-section). Nous les mettrons en évidence, tout en étudiant, au fur et à mesure, les sanctions encourues par la société mère dans le cas de leur non observation.

Sous-section I : Les droits extra-pécuniaires

167. L'associé est considéré par certains auteurs³⁷⁴ « comme "citoyen" de cette "cité" qu'est la société ». Il dispose des droits essentiels, acquis dès sa signature du contrat social ou sa souscription aux titres émis par la société. Ces droits sont en principe conservés jusqu'à la dissolution de celle-ci.

Ainsi dans une filiale, outre le droit d'en faire partie et le droit à l'information face à sa direction, l'associé minoritaire ne peut voir ses engagements augmentés contre son gré, ni être privé de son droit de vote. Ces quatre prérogatives doivent être analysées.

I- Le droit de faire partie de la filiale

168. La conception contractuelle de la société permet d'expliquer que l'associé ait le droit de se prévaloir du contrat conclu avec la société. La souscription aux titres émis par la société constitue un contrat synallagmatique qui oblige l'associé à libérer ses actions ou parts et la société à délivrer les titres lui conférant le droit d'en faire partie. En revanche, le caractère institutionnel de la société a permis au fil du temps de considérer le droit de rester associé comme un principe général auquel le législateur peut déroger par des textes admettant l'exclusion d'associé à titre de sanction³⁷⁵. De même, la collectivité des associés est en mesure d'insérer dans les statuts des clauses dérogatoires qui autorisent la société à éliminer un associé. La doctrine et la jurisprudence françaises acceptent également

³⁷⁴Voir *M. Cozian et alter, op. cit., n°383, p.189.*

³⁷⁵*G. Ripert et R. Roblot, op. cit., n°1599, p.406.*

l'exclusion d'un associé à l'origine d'une mésentente grave qui menace la société de dissolution.

A partir de cela, il convient d'aborder en préalable le principe général et de clarifier ensuite les exceptions.

A- Affirmation du principe général

169. La qualité d'associé procède toujours de deux façons : ou bien des statuts dont l'associé fait partie par sa signature, ou bien de l'acquisition par l'associé d'une fraction de titres émis par la société. Une fois cette qualité acquise, l'associé dispose de son droit de demeurer dans la société aussi longtemps qu'il le voudra. Il ne peut en principe être privé de cette qualité qu'au vu d'un texte ou d'une clause statutaire au sens de l'article 227-16 du Code de commerce français (art. 7 C. com. lib.). « Le juge n'a pas, de lui-même, à prononcer l'exclusion d'un associé, de même que les associés ne peuvent prononcer l'exclusion de l'un d'entre eux³⁷⁶ ». Ce droit, bien que n'étant pas prévu par un texte législatif, est considéré par la doctrine et la jurisprudence comme un dogme prépondérant. Ripert et Roblot ont écrit depuis longtemps que « l'actionnaire est membre de la société, il ne peut pas être privé de cette qualité, parce qu'il y aurait là une véritable expropriation. C'est seulement avec son consentement que son droit peut disparaître³⁷⁷ ». La Cour suprême libyenne eut également l'occasion de se prononcer sur cette question³⁷⁸, s'agissant d'une SNC constituée entre deux personnes, dont l'une procéda à la révocation de l'autre. La Cour considéra l'exclusion comme illicite en raison du caractère contractuel de la société, déclarant qu'un associé ne peut révoquer un autre associé d'une manière unilatérale. Elle déclara en ce sens que « quand bien même la société créée par deux personnes n'est pas dissoute dès la réunion de ses parts en une seule main, persistant aux termes des articles 522 du Code civil et 461 du Code de commerce six mois afin de récupérer le nombre légal des associés, il n'en résulte pas moins qu'un associé ne saurait, de lui-même, résilier le contrat social en révoquant son coassocié contrairement à la loi des contractants ». De même, la Cour de cassation française a eu l'occasion d'énoncer ce principe en 1996. Selon elle, c'est un droit fondamental pour l'associé de demeurer dans la société, quoi qu'il arrive³⁷⁹.

³⁷⁶ Voir A. Charveriat et A. Couret, *op. cit.*, n°743, p. 80.

³⁷⁷ G. Ripert et R. Roblot., *idem*.

³⁷⁸ C. sup. lib. ch. civ., n°21-30, le 04/01/1976.

³⁷⁹ Cass. 12 mars 1996, *Rev. soc.*, 1996, p. 554.

B- Les exceptions

170. Les règles relatives à l'atteinte au droit des associés minoritaires s'appliquent à tout associé sans tenir compte de la société dont il fait partie. Dans une filiale, l'exclusion d'associé peut s'opérer d'une manière directe ou indirecte. C'est-à-dire, par le biais d'une clause statutaire ou d'un texte législatif permettant à l'assemblée générale ou au juge de révoquer l'associé (1), ou encore suite à une réduction du capital ou à un changement de titres du capital en actions de priorité (2).

1- L'atteinte directe au droit d'associé de faire partie de la filiale

171. L'atteinte directe au droit de l'associé consistant en l'exclusion de ce dernier trouve sa légitimité dans les statuts de la société³⁸⁰. Elle est prévue à la fois en droits français et libyen. Dans le premier, la possibilité d'exclure l'associé est énoncée dans plusieurs textes. Ainsi, selon l'article 227-16 du Code de commerce relatif à la SAS « dans les conditions qu'ils déterminent, les statuts peuvent prévoir qu'un associé peut être tenu de céder ses actions ». L'article suivant prévoit une disposition relative à la modification du contrôle d'une société associée. Il dispose que « les statuts peuvent prévoir que la société associée dont le contrôle est modifié au sens de l'article L.233-3 doit, dès cette modification, en informer la société par actions simplifiées. Celle-ci peut décider dans les

³⁸⁰ Il existe également une autre sorte d'exclusion dite « exclusion légale » que le législateur prévoit dans des situations disparates. Ainsi en droit français on peut l'évoquer à titre d'exemple : dans les sociétés à capital variable (C. com. art. L. 231-1 et s.) . Lorsque l'incapacité ou le vice de consentement d'un associé risque d'entraîner l'annulation de la société (C. civ. art. 1844-12 et s.) ; à l'encontre des dirigeants sanctionnés d'une faillite personnelle en cas de redressement ou de liquidation judiciaire de la société (C. com. art. L. 653-9) ; dans les sociétés cotées, à l'encontre des minoritaires qui ne possèdent pas plus de 5% du capital ou de droits de vote (AMF. règl. gén. art. 237-1 et s.). On peut citer également certaines dispositions en droit libyen. Ainsi l'article 527 du Code civil (applicable par principe à toutes les sociétés sauf dérogation particulière) prévoit : « l'associé peut être exclu dans les cas suivants :

- 1- s'il manque gravement à ses obligations légales ou statutaires, ou s'il perd sa capacité ou son aptitude à l'exercice de sa profession, ou encore si un jugement vient à lui interdire, même temporairement, l'exercice des fonctions publiques ;
- 2- s'il avait présenté son apport en industrie ou en travail, et est devenu ensuite incapable d'exécuter son obligation ;
- 3- s'il s'est engagé à transférer à la société la propriété d'une chose qui a été ruinée avant que celle-ci ne la reçoive ». Selon l'article 528 du même Code « il est exclu de plein droit : 1- l'associé jugé failli ; 2- l'associé à l'encontre duquel un créancier dispose d'un jugement de liquidation de sa part prononcé sous le chef de l'article 520 de ce code ».

Il existe également d'autres textes dans le Code de commerce, ainsi l'article 85 relatif à la SCS, interdisant aux associés commandités de s'engager dans la direction sociale ou de conclure au nom de la société des actes sans délégation spéciale à chaque opération, permet l'exclusion de l'associé violant cette interdiction ; l'article 341, relatif à la société coopérative, permet la révocation d'associé manquant, malgré sa mise en demeure, au paiement à la société de son dû.

conditions fixées par les statuts, de suspendre l'exercice des droits non pécuniaires de cet associé et de l'exclure ». De même, les sociétés à capital variable ont aussi la possibilité d'introduire une telle clause. Selon l'article L. 231-6 du Code de commerce : « il peut être stipulé que l'assemblée générale a le droit de décider, à la majorité fixée pour la modification des statuts, que l'un ou plusieurs des associés cessent de faire partie de la société ». De même, l'article L. 221-16 autorise les associés en nom collectif à introduire une clause d'exclusion afin d'éviter la dissolution de la société en cas de liquidation judiciaire, d'interdiction ou d'incapacité d'un associé³⁸¹.

172. Partout ailleurs, les textes sont muets, et la question repose ainsi sur la possibilité d'étendre la procédure d'exclusion aux autres sociétés. La jurisprudence tend à admettre la validité des clauses statutaires d'exclusion pour la plupart des sociétés. Un arrêt de la Cour d'appel de Rennes, rendu en janvier 2011, vient d'approuver implicitement une clause de non concurrence insérée dans les statuts d'une SARL, laquelle permet à l'assemblée générale l'exclusion d'un associé en cas de violation. Dans cette affaire, la Cour d'appel n'a pas discuté la validité de cette clause, mais est allée plus loin en se penchant sur l'établissement de cette violation³⁸². De même, la Cour de cassation, dans un arrêt rendu en mars 2005, à propos d'une SNC, a reconnu expressément la validité de la clause d'exclusion insérée aux statuts de celle-ci³⁸³. Plus récemment, la même Cour³⁸⁴ a statué sur une clause d'exclusion insérée aux statuts d'une SC (dite Finamag), prévoyant que « dans le cas où l'un des associés ne remplirait plus les conditions requises pour le demeurer, notamment en raison de son licenciement lorsqu'il est salarié du groupe, il pourrait être exclu en tout ou partie à l'entière discrétion du gérant ». Il s'agit dans cette affaire d'un salarié du groupe, par ailleurs associé d'une SC, ayant été licencié pour faute grave. La gérante de cette dernière l'a informé alors de sa volonté de mettre en œuvre une procédure d'exclusion partielle par voie de réduction de sa participation. Le rachat devait intervenir peu de temps après. La Cour de cassation, approuvant la Cour d'appel, a déclaré « qu'ayant relevé que la décision de racheter une partie des droits sociaux de M. Maucollot

³⁸¹ De son côté, le droit libyen a régi la question par l'article 19 du Code de commerce, applicable à toutes les sociétés. Selon les dispositions de cet article : « *sauf texte légal ou cas prévu dans le contrat social ou les statuts, il est interdit d'exclure l'associé ou d'augmenter contre son gré ses obligations* ». Puisqu'il est classé sous la première partie du Code de commerce, intitulée de « *dispositions communes relative au droit des sociétés* », cet article s'applique à toutes les sociétés régies par ce Code, à savoir les sociétés commerciales, la SCI et la société coopérative.

³⁸² CA Rennes, ch. 02 com. 25 janv. 2011, n° 10/03703.

³⁸³ Cass. com. 8 mars 2005, D. 2005, AJ 839, obs. A. Lienhard, JCP E 2005, 1171, n°27.

³⁸⁴ Cass. com. 20 mars 2012, F-P+B, n° 11-10.855, Maucollot c/ Sté Finamag, D. 2012. 1584, obs. A. Lienhard, note M. Laroche ; note A. Couret.

à la suite de la perte par ce dernier de la qualité de salarié d'une société du groupe avait été prise conformément aux statuts de la société *Finamag*, la cour d'appel en a exactement déduit que cette décision était régulière, peu importe que l'exclusion de l'associé fût une simple faculté pour le gérant, statutairement investi du pouvoir de la prononcer».

173. En revanche, la Cour d'appel de Paris s'est prononcée en 2001³⁸⁵ contre une clause statutaire d'une SA qui «prévoyait une procédure exceptionnelle d'exclusion entraînant l'obligation de céder ses actions, à l'encontre de tout actionnaire en cas de fautes graves et, notamment, en cas d'exercice directement ou indirectement d'une activité concurrente et déloyale, de dénigrement, d'actions malveillantes répétées contre la société et de condamnation pénale ». La Cour a ainsi prononcé la nullité de cette clause en raison qu'elle – réduisant la liberté de commerce et de travail – constituait « une augmentation des engagements des actionnaires requérant l'unanimité, alors surtout qu'elle laisse à la seule appréciation de la société, le caractère déloyal de l'activité de l'actionnaire et peut permettre d'écarter arbitrairement un associé ».

Dans la doctrine, la validité des clauses d'exclusion n'est guère douteuse. La plupart des auteurs considère que l'exclusion d'un associé est possible pour autant qu'elle ait été prévue dans les statuts et que la disposition statutaire ait été acceptée par tous les associés³⁸⁶. *Charveriat et Couret*³⁸⁷ ont écrit en ce sens que « les statuts peuvent aussi, à notre avis, autoriser le rachat forcé des titres d'un associé. Mais cette clause n'est valide que si elle figure dans les statuts d'origine ou si elle y a été introduite au cours de la vie sociale par décision unanime des associés³⁸⁸ ».

174. Toutefois, on peut s'interroger sur l'organe compétent pour prononcer l'exclusion d'associé. Cette exclusion, relève-elle de la compétence des associés ou de celle des dirigeants ? Nous avons constaté plus haut que l'article L. 231-6 relatif aux sociétés d'exercice libéral confère ce pouvoir à l'assemblée générale, à la majorité fixée pour la

³⁸⁵CA Paris, n° 2000/12023, 27 mars 2001

³⁸⁶Voir P. Bézard, *Sociétés civiles*, n° 1100 ; E. Alfandari et M. Jeantin, *RTD com.* 1980. 97 ; *Mémentos Sociétés commerciales Francis Lefebvre*, 2012, n° 3412. Les auteurs toutefois se montrent parfois très prudents et circonspects dans ce domaine, usant volontiers du conditionnel (Voir P. Didier et Ph. Didier, *Droit commercial, Tome 2, Les sociétés commerciales, Economica*, 2011, n° 668).

³⁸⁷A. Charveriat et A. Couret, *op. cit.*, n°745, p.80 ; voir aussi M. COZIAN et alter, *op. cit.*, n° 323, p. 160 qui affirment que « rien n'interdit d'insérer dans les statuts une clause autorisant l'exclusion d'un associé si certains événements nettement précisés à l'avance viennent à se réaliser ».

³⁸⁸Voir aussi G. Ribert et R. Roblot, par M. Germainet V. Magnier, *op. cit.*, n° 1601, p.407 qui écrivent : « la doctrine considère en général que l'introduction de la clause d'exclusion d'associé dans les statuts ne pourrait être décidée que par l'unanimité des associés, et que l'associé exclu devrait pouvoir faire apprécier par les tribunaux les conditions de son exclusion pour éviter les décisions arbitraires, motivées par le seul désir d'écarter un associé gênant » ; CA Paris 27/3/2001 : *RJDA* 10/01 n°973.

modification des statuts. Les autres textes ne donnant pas de réponse claire, une divergence peut ainsi être constatée dans la doctrine. Selon J. Sikora³⁸⁹, la compétence de l'assemblée générale s'impose du fait de la gravité de la mesure d'exclusion. Quant à A. Couret, « la compétence pour exclure est souvent donnée à un organe collégial : assemblée générale, conseil d'administration. Cette collégialité est rassurante : l'exclusion est un acte très grave dont on peut espérer qu'il ne soit pas décidé à la légère³⁹⁰ ». Pour d'autres, il est plus adéquat de donner la compétence aux organes de direction pour raison de simplicité³⁹¹. La jurisprudence n'est pas non plus constante sur cette question. Certaines fois elle accorde la compétence d'exclusion à l'assemblée générale³⁹², d'autres fois elle admet la compétence d'organes collégiaux comme le conseil d'administration ou le directoire³⁹³. Ainsi, dans un arrêt du 13 mars 2012, la Cour de cassation³⁹⁴ a statué sur une clause d'exclusion insérée aux statuts d'une SC, prévoyant que « dans le cas où l'un des associés ne remplirait plus les conditions requises pour le demeurer, notamment en raison de son licenciement lorsqu'il est salarié du groupe, il pourrait être exclu en tout ou partie à l'entière discrétion du gérant ». Mais cette décision ne peut pas constituer une règle générale, car elle relève uniquement de la SC et porte sur la compétence de gérant définie par une clause statutaire. La question reste ainsi posée par rapport aux autres types de sociétés, de la même manière que par rapport à l'absence d'une telle clause.

175. A notre avis, la protection des associés minoritaires au sein des groupes nécessite d'attribuer la compétence d'exclusion à l'assemblée générale extraordinaire des sociétés membres. Il est en effet courant en la matière que l'assemblée générale ordinaire et les membres de la direction des sociétés du groupe soient contrôlés par la société mère qui parviendrait par leur biais à priver les associés minoritaires de ces dernières de toute possibilité de discuter sérieusement leur exclusion.

Il reste à ajouter qu'un texte législatif est souhaitable, tant en faveur de la possibilité de l'exclusion elle-même que pour la définition de l'organe compétent à décider de cette

³⁸⁹ J. Sikora, *L'exclusion des membres des groupements de droit privé*, Thèse Strasbourg Université Robert Schuman, 2007, n° 758

³⁹⁰ A. Couret, *La compétence de la direction pour décider de l'exclusion d'un associé*, note sous cassation, (com), 20 mars 2012, rev. soc. 2012, p.435.

³⁹¹ Voir : Daigre, *Métails, Tandeau et Marsac, Clauses d'exclusion dans les sociétés anonymes non cotées*, in *Actes Pratiques et Ingénierie Sociétaire*, n° 43, janv.-févr. 1999, p. 13 ; Le Nabasque, *Dunaud, Elsen, Les clauses de sortie dans les pactes d'actionnaires*, *Dr. sociétés, Actes pratiques*, n° 5 - 1992, § 47, p. 10.

³⁹² CA Orléans, 26 sept. 1989, *Dr. sociétés* juin 1990, n° 163.

³⁹³ CA. Rouen, 8 févr. 1974, *D. 1974. somm. 71* ; *RTD com. 1974. 291* ; *Rev. Banque 1974. 647*.

³⁹⁴ Cass. com. 20 mars 2012, *F-P+B*, n° 11-10.855, *Maucollot c/ Sté Finamag*, *D. 2012. 1584, obs. A. Lienhard*, note M. Laroche ; note A. Couret.

exclusion.

2- L'atteinte indirecte au droit du minoritaire de faire partie de la filiale

176. Le principe général affirmé plus haut trouve encore des dérogations législatives inhérentes au pouvoir de réduction du capital attribuée par la loi à l'assemblée générale extraordinaire. Cette réduction conduit en effet à la limitation du nombre de titres détenus par l'associé, et ainsi à l'exclusion de ce dernier. De même, il est envisageable que l'exclusion d'associé soit consécutive au rachat de ses propres actions par la société. Cette opération vise la diminution du capital social en regroupant les actions achetées pour obtenir des actions nouvelles moins nombreuses.

Il importe à cet égard de mettre en relief les textes afférents à ces pouvoirs, afin d'en dégager des règles restrictives ayant pour finalité de protéger les minoritaires contre l'exclusion. Nous aborderons donc, dans un premier temps l'exclusion de l'associé issue de la réduction du capital social (a), et, dans un deuxième temps, l'exclusion résultant de la transformation des titres du capital en titres de jouissance (b).

a) L'exclusion de minoritaires par la réduction du capital de la filiale

177. La réduction du capital de la filiale est parfois réalisée par le biais de la suppression d'un certain nombre d'actions en gardant leur valeur nominative. La filiale doit en l'état respecter le principe d'égalité entre ses associés, ce qui interdit que la suppression affecte les titres de certains associés tout en en mettant d'autres à l'abri. Autrement dit, le nombre annulé doit être réparti entre associés, minoritaires comme majoritaires, en fonction de leur propriété dans le capital social. Par exemple, si la partie du capital à réduire équivaut au tiers, la société filiale décide de supprimer un titre sur trois pour chaque associé. Cela revient à ce que la société mère détenant 60 titres ne soit plus détentrice que de 40³⁹⁵.

178. Cependant, le problème réside ici dans les difficultés que soulève ce procédé, liées en pratique aux titres indivisibles par rapport à la fraction du capital à réduire. Il arrive parfois que certains actionnaires ne possèdent pas un nombre d'actions suffisant pour obtenir un nombre entier d'actions nouvelles : ils ont alors l'obligation d'acheter ou de vendre les actions formant rompu, ce qui peut aboutir dans la seconde hypothèse à leur élimination. La jurisprudence française a cependant admis ce procédé sous réserve que la

³⁹⁵Voir M. Tipars, *La théorie des droits fondamentaux de l'actionnaire de la SA, étude comparative en droits libyen, égyptien et français, thèse présentée et soutenue à l'université du Caire en 1998. 2^e partie, p.923.*

réduction soit justifiée par une perte irrémédiable de capital et qu'elle ne dissimule pas un abus de pouvoir pour éliminer certains actionnaires.

b) L'exclusion des minoritaires par le regroupement d'actions

179. Le regroupement d'actions est une opération qui consiste à réduire le nombre d'actions en circulation sans modification du capital de la société émettrice. Dans la pratique, cette opération revient à échanger un nombre déterminé d'actions existantes contre une action nouvelle. Elle nécessite dès lors que l'actionnaire dispose de titres suffisants pour aboutir à ce nombre. L'opération peut en pratique amener au même résultat que celle de la réduction du capital, à savoir une exclusion d'associé. Cette conséquence est d'ailleurs plus ostensible dans une filiale où la majorité des actions est souvent concentrée entre les mains de la société mère. Les titres détenus par les minoritaires peuvent en effet être dispersés entre de nombreux associés qui s'intéressent peu au fonctionnement de la société, il suffit d'une participation plus faible pour exercer un contrôle sur la filiale, et imposer les décisions de la société mère. Selon l'article L. 228-2 du Code de commerce français, le regroupement d'actions comporte pour les actionnaires une obligation à procéder aux achats ou aux cessions d'actions nécessaires pour réaliser le regroupement. Les actionnaires minoritaires de la filiale risquent donc d'être obligés de vendre leurs actions s'ils ne disposent pas d'un nombre suffisant pour en obtenir un nombre entier.

180. Néanmoins, ce risque a été bien amoindri en droit français après l'ordonnance du 24 juin 2004 qui prévoit par son article 34 (devenu l'article L.228-29 du Code de commerce) que l'opération du regroupement d'actions ne peut être imposée qu'au dessous d'un montant nominal de 3,25€, et que cette valeur nominale des actions regroupées ne peut être supérieure à 15,25€. Cette disposition revêt donc pour les associés minoritaires des filiales une importance significative, étant donné le faible montant qu'elle exige pour procéder au regroupement.

II- L'interdiction d'augmenter l'engagement des associés de la filiale

181. Le droit de faire partie de la société-filiale ne peut être assuré si les associés minoritaires ne peuvent se voir imposer de nouvelles obligations par la société-mère. Par principe, les droits français et libyen interdisent d'augmenter les engagements des associés de la société filiale sans leur accord. Mais tout principe général connaît des exceptions.

A- Le principe général

182. Le principe général est exprimé en droit français à l'article 1836 du Code civil aux

termes duquel « les statuts ne peuvent être modifiés, à défaut de clause contraire, que par l'accord unanime des associés. En aucun cas, les engagements d'un associé ne peuvent être augmentés sans le consentement de celui-ci ». La jurisprudence française estime que cette règle est d'ordre public et que toute clause contraire doit être sanctionnée par la nullité absolue qui peut être demandée par tout associé, même celui ayant consenti à l'opération litigieuse³⁹⁶.

Concernant le droit libyen, il n'existe aucun texte général ou particulier interdisant l'augmentation des engagements des associés. Mais on ne peut toutefois retenir de cette absence que l'assemblée générale est en mesure d'augmenter les engagements des associés. En effet, bien que cette assemblée détienne le pouvoir de modifier les statuts, elle n'a pas à imposer d'obligations additionnelles aggravant les engagements des associés vis-à-vis de la société ou des tiers, car cette aggravation peut constituer une violation du principe du « contrat, loi des parties », applicable aux engagements nés de tout acte juridique³⁹⁷. Il exige en l'espèce que les associés ne soient pas contraints au-delà du risque qu'ils ont accepté. De même, comme un auteur³⁹⁸ l'a affirmé, l'existence d'une clause statutaire autorisant l'assemblée générale à accroître les engagements des associés ne vaut pas en soi acceptation par ces derniers d'aggraver leur responsabilité. Une telle clause statutaire ne peut en effet être valable, car elle crée une obligation indéfinie, ou *a priori* définie par la volonté unilatérale de la société cocontractante (C. civ. lib. art.225).

183. Néanmoins, ce principe général constitue pour les associés minoritaires d'une filiale une garantie significative contre la société mère, leur coassocié majoritaire. Cette dernière ne peut en effet insérer aux statuts de sa filiale une clause qui lui autorise l'augmentation des engagements de ses associés. Le seul moyen de parvenir à ce dessein sera l'accord unanime des associés minoritaire de la filiale.

B- L'étendue de la prohibition

184. D'abord, la prohibition d'augmenter les engagements des minoritaires de la filiale doit être distinguée de l'obligation aux dettes sociales, qui incombe aux associés d'une filiale, société de personnes. Dans ces dernières, la responsabilité d'associé ne se fonde pas sur la violation d'une clause statutaire ou extrastatutaire mais directement sur le droit. De même, l'obligation d'exécuter les engagements pris dans les statuts et acceptés par les

³⁹⁶ Cass. 13 nov. 2003, Rev. soc. 2004, p97, note B. Saintourens.

³⁹⁷ Voir aussi P. Le Cannu et B. Dondero, *op. cit.*, n°144, p.90

³⁹⁸ M. Tipars, *op. cit.*, p.898.

associés ne constitue pas une dérogation audit principe puisque elle est exigée pour la réalisation de l'objet social. Il faut, de plus, établir une différence entre aggravation des engagements et restriction des droits. Ne sont pas interdites les clauses statutaires ou les décisions qui entraînent, non pas une augmentation des engagements mais une restriction des droits des associés³⁹⁹ : tel est le cas pour l'introduction d'une clause d'agrément limitant la libre négociabilité des actions (C. Com. art. L. 228-23, al.1). De même, ne sont pas prohibées les clauses statutaires ou les décisions édictant la mise en réserve des bénéfices annuels, quoique limitant le droit des associés aux dividendes. En effet, ces clauses n'augmentent pas les engagements des associés minoritaires de la filiale, d'autant qu'elles sont légitimées en droits français et libyen sous certaines conditions comme nous les reprendrons plus bas.

185. En outre, le législateur libyen a confié à l'assemblée générale extraordinaire des SA et SCA le pouvoir de modifier les statuts, procurant par conséquent à cette assemblée certains pouvoirs subsidiaires, susceptibles d'accentuer les engagements des minoritaires. Ainsi, l'allongement de la durée de la société emportant prolongation des engagements des associés ; la transformation de la société en une autre forme imposant aux associés une obligation plus lourde au passif ; l'augmentation du capital social par l'incorporation des réserves démunissant les minoritaires de leurs dividendes aux bénéfices réservés. Dans de tels cas, le législateur permet aux associés s'opposant à la résolution de se retirer de la société en maintenant leur droit de remboursement de leurs titres en proportion de leur prix moyen durant les derniers six mois, sinon en fonction des biens sociaux.

III- Le droit à l'information des associés minoritaires de la filiale

186. Le droit à l'information revêt dans le cadre de groupes un grand intérêt compte-tenu du fait que l'activité attribuée à chacune des sociétés membres se caractérise souvent par une complémentarité liée à l'entité économique et financière du groupe. Chacune des filiales occupe une partie de l'entreprise globale contrôlée par la société mère ou par une société holding. L'information des associés de la filiale ne peut apporter ses résultats d'une manière satisfaisante si elle se restreint à la seule activité de cette société, traitée distinctement des liens de contrôle dont elle fait partie. Autrement dit, afin que les règles

³⁹⁹ Voir aussi Y. Guyon, *Traité des contrats, les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre sociétés*, 4e éd. L.G.D.J., 1999, n°50, p.88. Il écrit en ce sens que « pendant longtemps la jurisprudence a distingué les augmentations des engagements « stricto sensu », qui était interdites et les simples diminutions de droit que les majoritaires peuvent imposer aux minoritaires » ; voir encore Cass. com. 24 juin 1997 : J.C.P. ; 1997, II, 22966 note P. Mousseron ; R.J. Com. 1998, 185 note L. Godon.

relatives à l'information puissent porter leur fruit, il est indispensable qu'elles aillent plus loin que de fixer les rapports étroits entre les associés ou dirigeants d'une seule filiale en visant l'activité entière du groupe. Cet élargissement est en effet le seul moyen de révéler la réalité économique et financière de chaque société membre, et de garantir la transparence de l'ensemble des sociétés regroupées au profit de leurs associés minoritaires.

Pour parvenir à cet objectif, plusieurs mesures ont été mises en œuvre : à côté de la procédure du contrôle des conventions réglementées et des avantages particuliers précités, il existe d'autres mesures relatives notamment aux sociétés par actions, dont certaines peuvent s'appliquer à toutes les sociétés filiales (1), et d'autres relever des sociétés filiales par actions (2).

A- Mesures générales sur les informations

Il s'agit des mesures de renseignements qui s'appliquent à toutes les sociétés de personnes ou de capital incluses dans un groupe ou isolées. Certains renseignements doivent être tenus en permanence à la disposition des associés, d'autres sont communiqués de manière occasionnelle avant la réunion de l'assemblée générale⁴⁰⁰.

1- L'information permanente

187. Les associés minoritaires d'une filiale disposent en permanence d'une prérogative d'information, décrite par plusieurs articles. Ainsi pour la SA, l'article L. 225-117 du Code de commerce français, prévoit que « tout actionnaire a le droit, à toute époque, d'obtenir communication des documents visés à l'article L. 225-115 (modifié par la loi n°2011-525 du 17 mai 2011) et concernant les trois derniers exercices, ainsi que des procès-verbaux et feuilles de présence des assemblées tenues aux cours de ces trois derniers exercices ».

Selon ce dernier article, ces documents sont les suivants :

- inventaire et comptes annuels des trois derniers exercices et, le cas échéant, les comptes consolidés⁴⁰¹ ;
- liste des administrateurs (ou des membres du directoire ou du conseil de surveillance);
- rapport de gestion des organes sociaux ;
- procès-verbaux et feuilles de présence des assemblées tenues dans la même période ;
- montant global des rémunérations versées aux personnes les mieux rémunérées ;
- liste et objet des conventions portant sur des opérations courantes conclues à des

⁴⁰⁰Voir G. Ripert et R. Roblot, par M. Germain et V. Magnier, *op. cit.*, n°1569, p.380.

⁴⁰¹Voir la notion de 'compte consolidé' dans le chapitre préliminaire, supra n°53 et ss.

conditions normales.

188. De même, la loi n°2012-387 du 22 mars 2012, vient ajouter deux alinéas à l'article L. 225-114 du Code de commerce. D'une part, les pouvoirs donnés à chaque mandataire doivent être annexés à la feuille de présence tenue à chaque assemblée générale. En application de l'article L. 225-117 du Code de commerce, ces annexes relatives aux assemblées générales tenues au cours des trois derniers exercices sont mises à la disposition de tout actionnaire. D'autre part, les décisions de l'assemblée générale doivent être constatées par un procès-verbal lequel, selon l'article L. 225-117, est communiqué aux actionnaires.

Ces droits constituent face à la direction d'une filiale (conseil d'administration, directoire), une obligation au profit des associés⁴⁰². Tout refus peut avoir pour effet d'exposer les membres de cette dernière, (parmi lesquels peut être la société mère), à des dommages-et-intérêts. De plus, l'associé qui n'aurait pu exercer son droit à l'information peut solliciter en référé une mesure d'injonction judiciaire sous astreinte, ou la nomination d'un mandataire chargé de procéder à la communication (C. com. art. L. 238-1). Ces droits sont d'ailleurs identiques à ceux prévus pour les associés de la SARL (C. com. art. L. 223-26 s, art. R. 223-14 et s.).

189. Du reste, avant la loi NRE il était question de la possibilité de nommer une expertise de gestion avec pour mission de communiquer des documents relatifs aux différentes sociétés faisant partie d'un groupe. Cette question paraît importante, attendu que les opérations inhérentes aux sociétés membres d'un groupe sont souvent réalisées dans le cadre d'une politique commune relative au groupe en entier. Cela conduit à considérer que le cercle des personnes pouvant demander une expertise de gestion doit être élargi⁴⁰³. Avant l'entrée en vigueur de la loi (NRE), la jurisprudence française se montrait hostile à la recevabilité d'une telle demande, se référant chaque fois à l'autonomie des sociétés membres du groupe⁴⁰⁴. Selon elle, tant que le demandeur de l'expertise ne dispose pas de la

⁴⁰² Voir J-P. Legros, *Les référés injonctions de faire relatifs aux augmentations de capital après la loi du 22 mars 2012*, dr. soc. n°1 janv. 2013, étude 1.

⁴⁰³ Voir Ch. Lhussier, thèse précitée, n°172, p.156.

⁴⁰⁴ Voir CA Paris 1^{er} déc. 1992, Dalloz 1993, p.310, note Ch. Gavalda, Chron, A. Viandier et J.J. Caussain, JCP, éd. E 1993, I, 288. Cet arrêt précise que la filiale est « une entité juridique indépendante de la holding, même si celle-ci détient 99,99% de son capital et qu'en apportant ses participations à une holding dont elle est devenue l'actionnaire, la CNM a fait un choix qui lui ôte le droit d'intervenir personnellement au niveau des filiales ».

qualité d'actionnaire, son action ne peut être accueillie, faute d'avoir un intérêt légitime⁴⁰⁵. Cependant, la loi NRE, « faisant un grand pas en avant » dans l'élaboration d'un droit pour le groupe de sociétés, a admis qu'un tel expert soit désigné à la demande d'un associé d'une société membre d'un groupe, en vue de communiquer des documents relatifs aux autres sociétés du même groupe, ou de répondre à des questions posées par les associés de cette société. Mais elle exige néanmoins que la demande présentée soit appréciée au regard de l'intérêt du groupe⁴⁰⁶.

190. Pour les sociétés de personnes, l'obligation à l'information ne semble pas diverger de ces règles. Concernant la SNC, les associés non gérants ont le droit de consulter sur place, deux fois par an, tous les documents relatifs à l'activité sociale, et de poser au gérant des questions écrites deux fois par an (C. com. art. L. 221-8 et R. 221-8). Ils peuvent également obtenir, dans les quinze jours qui précèdent l'assemblée annuelle, les comptes sociaux, le rapport de gestion, le rapport du commissaire aux comptes (s'il existe) et le texte des résolutions. Pendant ce même délai, l'inventaire est tenu à la disposition des associés au siège social. Si ce droit de communication n'a pas été respecté, l'assemblée générale peut être annulée (C. com. art. L. 221-7 et R. 221-7). À défaut d'obtenir ces documents, l'associé peut solliciter en référé une mesure d'injonction judiciaire sous astreinte ou la nomination d'un mandataire chargé de procéder à la communication (C. com. art. L.238-1). Ces règles sont également applicables aux associés commanditaires des SCS sous renvoi par l'article L. 222-2 du Code de Commerce. Ces associés peuvent se faire communiquer tous les documents précités (C. com. art. L. 222-7).

2- Information occasionnelle

191. Les informations occasionnelles sont celles préalables à la tenue des assemblées générales. Elles portent essentiellement sur la consultation au siège social, la réception des documents ainsi que les questions écrites.

⁴⁰⁵Voir en ce sens *Cass. com. 14 déc. 1993, Bull. civ. IV, n°483, p.353 ; Bull. Joly 1994, p189, note P. Le Cannu.*

⁴⁰⁶Aux termes de l'article L. 225-231 du Code de commerce « *une association répondant aux conditions fixées à l'article L.210-120, ainsi qu'un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5% du capital social, soit individuellement soit en se groupant sous quelque forme que ce soit, peuvent poser par écrit au président du conseil d'administration ou au directoire des questions sur une ou plusieurs opérations de gestion de la société ainsi que, le cas échéant, des sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article L.233-3 (...) À défaut de réponse dans un délai d'un mois, ou à défaut de communication d'éléments de réponse satisfaisants, ces actionnaires peuvent demander en référé la désignation d'un ou de plusieurs experts chargés de représenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion* ».

a) La consultation au siège social

À compter du jour de la convocation à la tenue de l'assemblée générale de la filiale, tout associé est en mesure de consulter à tout moment les documents suivants :

- les comptes annuels,
- les rapports du conseil d'administration ou de surveillance et du commissaire aux comptes,
- les projets de résolutions,
- les notices relatives aux candidats aux fonctions d'administrateur,
- la liste des actionnaires (C. com. art. L 225-116).

Les actionnaires minoritaires de la filiale peuvent obtenir une copie de tous les documents consultés, et demander des renseignements sur certains autres objets tels que le montant global des rémunérations versées aux 5 ou 10 personnes les mieux rémunérées, la liste des actions de parrainage et de mécénat et le montant des sommes versées à ce titre. À défaut d'obtenir ces documents ou informations, les actionnaires peuvent solliciter en référé une mesure d'injonction sous astreinte ou la nomination d'un mandataire chargé de procéder à la communication (C. com. art. L. 225-121), sans préjudice d'autres mesures telles que l'ajournement judiciaire de l'assemblée, ou l'octroi de dommages-et-intérêts.

b) La réception de documents

192. Les associés minoritaires de la filiale reçoivent à domicile divers documents, soit qu'ils en aient fait la demande, soit que la société adresse des formules de participation ou de vote par correspondance, auquel cas cet envoi s'accompagne des informations adéquates. Parmi les documents expédiés, figurent, dans le cas d'une assemblée annuelle, les documents consultables sur place, à l'exception de l'inventaire et de la liste des actionnaires, en raison de leur caractère généralement volumineux.

c) Les questions écrites

193. Ce droit une fois invoqué, jusqu'au quatrième jour ouvré précédant la date de l'assemblée, l'associé de la filiale peut poser aux dirigeants des questions écrites en rapport avec l'ordre du jour (C. com. art. L. 225-84), auxquelles ces derniers devront répondre au cours des débats (C. com. art. L. 225-108, al. 3). Les réponses doivent être portées au procès-verbal de l'assemblée. À ce droit s'ajoute celui de poser des questions orales en cours d'assemblée. En outre, selon l'article L. 225-232 du Code de commerce français, tout actionnaire représentant 5% du capital social, ou toute association remplissant les

conditions de l'article L. 225-120 du même Code, dispose du droit de poser par écrit, deux fois au plus par exercice, des questions au président du conseil d'administration sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation.

En substance, le droit à l'information constitue dès lors une garantie importante pour les associés minoritaires en général et ceux des filiales en particulier. Très souvent la société mère, disposant de la majorité des droits de vote, se fait désigner en qualité de dirigeant de sa filiale, tout en jouissant de sa position d'associé majoritaire. Au travers de ces dispositions, elle est soumise à toute obligation d'information à l'égard des associés de sa filiale. L'importance de cette procédure s'avère d'ailleurs plus forte s'agissant des dispositions relatives aux comptes consolidés que la loi lui oblige à établir et mettre à la disposition de tous les associés dans le groupe (C. com. art. L. 233-16). Au visa de ces dispositions, ces derniers peuvent en effet contrôler, non seulement les actes des dirigeants de leur société, mais encore ceux des dirigeants de sa mère, voire de toute autre société affiliée du groupe. Ces règles représentent également une garantie particulière pour l'indépendance de la société filiale face à l'immixtion intempestive de sa mère. Celle-ci ne saurait en effet agir au-delà de l'intérêt de sa filiale en raison du contrôle qu'exercent les associés minoritaires de cette dernière. Elle se voit obligée de respecter leurs droits à l'information, et ainsi la filiale garde-t-elle son autonomie.

B- Informations liées à la participation

1- Information au sein de la société prenant une participation

194. Ces mesures d'information peuvent concerner les sociétés filiales ou la société mère selon l'initiatrice de la participation. Une filiale qui procède à un investissement dans une autre société membre de son groupe ou étrangère se trouve dans l'obligation d'informer cette dernière. La société mère, qui participe ou augmente sa participation dans une filiale, doit en faire part à cette dernière.

Toutefois, comme ces mesures sont communes aux diverses sociétés commerciales⁴⁰⁷, elles s'appliquent à la fois aux sociétés de capitaux comme à celles de personnes, ainsi qu'aux sociétés cotées comme à celles non cotées. Il s'agit pour certaines mesures de participations significatives et pour d'autres de l'activité et des résultats de la filiale.

a) Mesures d'information relatives aux participations significatives

⁴⁰⁷ Elles font partie du troisième titre du deuxième livre du Code de Commerce français, relatif aux sociétés commerciales, intitulé "*dispositions communes aux diverses sociétés commerciales*".

195. Selon l'article L. 233-6-1 du Code de Commerce, le rapport annuel de gestion du conseil d'administration, du directoire ou du gérant de toute société doit mentionner toute prise de participation au cours d'un exercice représentant plus du vingtième, du dixième, du cinquième, du tiers, de la moitié ou des trois quarts du capital d'une autre société ayant son siège sur le territoire français, ainsi que toute prise de contrôle, directe ou indirecte d'une autre société. L'information en l'occurrence intervient à partir du franchissement de certains seuils. Ces éléments doivent également figurer dans le rapport du commissaire aux comptes (C. com. art. L. 233-6, al. 1). Pour établir son rapport, ce dernier peut procéder à des investigations, tant auprès de la société que des sociétés mères et filiales de cette dernière (C. com. art. L. 225-236, al. 3).

b) Information sur l'activité et les résultats des filiales et des sociétés contrôlées

196. Le rapport annuel de gestion doit rendre compte de l'activité et des résultats de l'ensemble des sociétés du groupe, c'est-à-dire, les sociétés : mère, contrôleuse, filiale, sous-filiale, contrôlée et sous-contrôlée. Cette obligation est également applicable à l'égard des filiales ou des sociétés contrôlées étrangères. Dans ce rapport, le conseil d'administration, le directoire ou le gérant (selon le cas) doit exposer de manière nette et précise, l'activité desdites sociétés, les résultats de cette activité, les progrès réalisés, les difficultés rencontrées et les perspectives d'avenir au cours de l'exercice écoulé.

c) Tableau des filiales et des prises de participation

197. Selon l'article 233-15 du Code de commerce français, le conseil d'administration, le directoire ou le gérant de toute société ayant des filiales ou des participations, annexe au bilan de la société un tableau, en vue de faire apparaître la situation de ces filiales et leurs participations. Dans le droit libyen, il existe une disposition similaire, relative aux participations en général. Il s'agit de l'article 227-10 du Code de commerce au sens duquel « le bilan social annuel doit mentionner les participations dont la société dispose dans le capital d'autres sociétés ». En dépit de l'absence d'évocation des filiales dans cet article, le sens large du terme « participations » pourrait néanmoins recouvrir ces dernières. En effet, selon l'article 221-2 du Code de commerce, une filiale est une société contrôlée par une autre, soit par la détention de celle-ci d'une partie majoritaire de son capital, soit en fonction des restrictions imposées par un contrat conclu entre les deux sociétés. Dans le premier cas, le contrôle est présumé aussitôt que la société contrôleuse dispose d'un nombre d'actions de la société contrôlée lui conférant la majorité des voix dans son

assemblée générale ordinaire. Par voie de conséquence, une société filiale doit être mentionnée au bilan annuel que l'article 213-10 précité prévoit, et dont une copie sera mise à la disposition des associés au siège social 15 jours avant la tenue de l'assemblée générale pour sa ratification (C. com. art.220-1).

2- Information au sein de la société dans laquelle est prise une participation

Certaines mesures sont applicables à toutes les sociétés filiales que ce soient de capitaux ou de personnes, cotées ou non ; d'autres sont relatives aux filiales cotées en bourse.

a) Informations applicables à toutes les sociétés

198. Au sens de l'article L. 233-13 du Code de commerce français, le rapport annuel du conseil d'administration présenté aux actionnaires des sociétés par actions ainsi que le rapport du commissaire aux comptes doivent mentionner, sur la base d'une situation arrêtée à la date de clôture de l'exercice précédent, les informations suivantes :

- l'identité des personnes physiques ou morales détenant directement ou indirectement plus du vingtième, du dixième, du cinquième, de tiers, de la moitié, ou des deux tiers du capital ou des droits de vote aux assemblées générales ;
- les modifications intervenues au cours de l'exercice ;
- le nom des sociétés contrôlées et la part du capital de la société contrôlée détenu.

Comme ce rapport doit être rendu disponible pour l'ensemble des associés, la règle peut servir à protéger les sociétés filiales et leurs associés minoritaires. D'une part, ces derniers pourront à tout moment connaître les personnes ayant des participations significatives dans leur société, et, du coup, préserver leur intérêt social contre l'ingérence de ces personnes. D'autre part, cette mesure d'information est également essentielle pour la transparence et l'autonomie de la filiale. En effet, la société mère, dont l'identité et les participations sont toujours consultables, peut être commodément assignée en raison de son ignorance de l'intérêt particulier des associés minoritaires de la filiale, ainsi que pour son inobservation de l'autonomie de celle-ci.

b) Informations applicables aux sociétés cotées

199. Ces informations sont essentiellement concentrées sur l'obligation du franchissement, pesant sur les associés dont les participations dépassent certains seuils définis par l'article L. 233-7 du Code de commerce. Cette obligation bénéficie à la fois : à

la société dont les titres sont détenus aux associés de cette société ; ainsi qu'au public. Selon ledit article, toute personne physique ou morale, venant à posséder plus du vingtième, du dixième, du cinquième, du tiers de la moitié, ou des deux tiers du capital d'une société doit informer celle-ci du nombre total d'actions qu'elle possède. La société cible doit avoir son siège sur le territoire de la République Française et ses actions doivent pouvoir être négociées sur un marché réglementé ou figurant au relevé quotidien hors cote⁴⁰⁸. En outre, sont pris en compte pour le calcul des seuils, les actions ou les droits de vote que la personne physique ou morale vient de détenir directement ou indirectement. Ce texte reconnaît encore la notion « d'action de concert » pour considérer non seulement les parts ou les droits de vote détenus par une seule personne, mais également ceux détenus par des personnes agissant avec elle d'une manière conjointe.

L'action de concert revêt dans le cadre du groupe de sociétés une importance particulière, étant présumée dans certaines occurrences en faveur de la filiale visée. D'abord cette action a été définie par l'article L. 233-10 du Code de commerce français d'une manière relativement générale. Aux termes de ce texte « sont considérées comme agissant de concert les personnes qui ont conclu un accord en vue d'acquérir ou de céder des droits de vote ou en vue d'exercer les droits de vote, pour mettre en œuvre une politique (commune) vis-à-vis de la société ».

L'existence de l'action de concert est présumée au sens de cet article dans cinq hypothèses :

- 1° entre une société, le président de son conseil d'administration et ses directeurs généraux ou les membres de son directoire ou ses gérants ;
- 2° entre une société et la société qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-3 ;
- 3° entre des sociétés contrôlées par la (ou les) même(s) personne(s) ;
- 4° entre les associés d'une société par actions simplifiées à l'égard des sociétés qu'elle contrôle;
- 5° entre le fiduciaire et le bénéficiaire d'un contrat de fiducie, si ce bénéficiaire est le constituant.

Dans ces hypothèses, les seuils fixés à l'article L. 233-7, dont le franchissement doit être déclaré par la ou les personnes franchissant, ne se calculent pas d'une manière individuelle, mais conjointe. Ainsi une société filiale qui détient 4 % du capital ou des droits de vote d'une autre société peut être considérée comme franchissant le seuil du

⁴⁰⁸Pour voir la citation de ce jugement : *T. Gautier, op. cit., n°719, p.450.*

vingtième dès l'instant que sa mère ou sœur acquiert 1% du capital ou des droits de vote de cette société. Les deux sociétés auront alors l'obligation de déclarer leur franchissement au visa de cet article. De même, une société mère détentrice du tiers des droits de vote dans sa filiale sera considérée comme franchissant le seuil des deux tiers lorsqu'une autre de ses filiales possède le deuxième tiers dans cette dernière.

200. En définitive, cette disposition est déterminante dans le domaine de groupes, car elle débouche sur l'indépendance de la filiale et la sauvegarde de ses associés minoritaires. En effet, l'autonomie juridique d'une société ne vaut pas forcément autonomie réelle, car celle-ci est en rapport avec l'indépendance économique et financière de cette société plus qu'avec la personnalité morale. Ainsi, autant les titres sociaux sont dispersés entre de nombreux associés, autant l'autonomie juridique reflète une indépendance réelle ; et inversement dans le cas où une majorité du capital ou des droits de vote est détenue par un seul associé ou un nombre d'associés agissant en concert. Les associés minoritaires de la filiale ont assurément intérêt à maintenir l'équilibre des pouvoirs au sein de celle-ci, afin d'empêcher un éventuel verrouillage de participations par la société mère et d'autres sociétés de son groupe, lequel peut compromettre l'autonomie économique, voire juridique de cette filiale (par exemple confusion de patrimoines ou fictivité)⁴⁰⁹.

C- Information liée à la fusion

201. La loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit prévoit des obligations d'informations dans le cadre de la procédure de fusion. Ces dispositions s'appliquent à la société anonyme et à celle par actions simplifiées. Au sens de l'article 64 de cette loi (devenu l'article L. 236-9-4⁴¹⁰ du Code de commerce), « sauf si les actionnaires des sociétés participant à la fusion en décident autrement », le conseil d'administration ou le directoire de ces sociétés établit un rapport écrit qui est mis à la disposition des actionnaires. Il doit informer ceux-ci, avant la date de l'assemblée générale, de toute modification importante de leur actif et de leur passif intervenue entre la date de l'établissement du projet de fusion et celle de la réunion des assemblées générales. Est également prévue l'obligation d'en aviser les conseils d'administration ou les directoires des autres sociétés participant à l'opération, afin que ces derniers en informent leurs

⁴⁰⁹Voir dans la seconde partie, n° 455 et ss.

⁴¹⁰ Selon le premier alinéa de l'article 64 de cette loi « *Le dernier alinéa de l'article L. 236-9 du code de commerce est remplacé par quatre alinéas ainsi rédigés* ». L'alinéa 4 supprimé disposait que « *Le conseil d'administration ou le directoire de chacune des sociétés participant à l'opération établit un rapport écrit qui est mis à la disposition des actionnaires* ».

actionnaires. Un décret en Conseil d'Etat devra déterminer les modalités de ces informations.

202. Néanmoins, selon l'article L. 236-11 « lorsque, depuis le dépôt au greffe du tribunal de commerce du projet de fusion et jusqu'à la réalisation de l'opération, la société absorbante détient en permanence la totalité des actions représentant la totalité du capital des sociétés absorbées, il n'y a lieu ni à approbation de la fusion par l'assemblée générale extraordinaire des sociétés participant à l'opération, ni à l'établissement des rapports mentionnés au quatrième alinéa de l'article L. 236-9 et à l'article L. 236-10. L'assemblée générale extraordinaire de la société absorbante statue au vu du rapport d'un commissaire aux apports, conformément aux dispositions de l'article L. 225-147 ».

Cette disposition ne pose aucun problème de protection des associés minoritaires s'agissant de la société absorbée, dont le capital est détenu en totalité par la société absorbante. Il n'y a pas lieu en effet d'évoquer le dépôt de projet de fusion ou l'approbation de ce projet. Cependant, lorsqu'il s'agit d'une société absorbante regroupant un ou plusieurs associés minoritaires, le deuxième alinéa de l'article L. 236-11 confère à ces derniers le droit de demander en justice la désignation d'un mandataire aux fins de convoquer une assemblée générale extraordinaire de la société absorbante pour qu'elle se prononce sur l'approbation de la fusion. Cet alinéa exige néanmoins que le ou les associés minoritaires réunissent au moins 5% du capital social.

IV- Droit de participer aux décisions collectives

Par principe, tout associé a le droit de participer aux décisions collectives. Exceptionnellement, les dispositions statutaires peuvent déroger à ce principe général dans les cas prévus par la loi. Il importe à ce titre d'approcher en préalable le principe général, et de citer ensuite les exceptions.

A- Le principe général

203. Le droit de participer aux décisions collectives est expressément prévu comme un principe général en droit français. Selon le premier alinéa de l'article 1844 du Code civil (issu de la loi du 4 janvier 1978) : « tout associé a le droit de participer aux décisions collectives ». Sur le plan de la jurisprudence, ce principe général a été affirmé clairement par la chambre civile de la Cour de cassation depuis son arrêt du 7 avril 1932 selon lequel

« le droit de vote aux assemblées générales est l'un des attributs essentiels de l'action⁴¹¹ ». Dans l'arrêt *Château d'Yquem* du 9 février 1999⁴¹², les statuts d'une société avaient étendu la privation du droit de vote à des personnes non visées par la loi. En l'espèce, l'article 258 de la loi du 24 juillet 1966 (devenu l'article L. 226-10) interdisait au gérant de SCA de voter lors de l'assemblée qui se prononce sur le sort d'une convention réglementée, mais les statuts excluaient également son conjoint, ses descendants et ascendants. La Cour de cassation rappelle le caractère d'ordre public du droit de vote et du premier alinéa de l'article 1844 du Code civil⁴¹³. En 2007, le même texte est appliqué à une SAS : « tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et de voter et (...) les statuts ne peuvent déroger à ces dispositions que dans les cas prévus par la loi⁴¹⁴ ».

204. Concernant le droit libyen, il n'existe pas de disposition générale qui proclame clairement ce principe général. Certains textes du Code de commerce prévoient d'une manière ponctuelle qu'un associé ne peut être privé de son droit de participer aux décisions collectives. Ainsi, selon l'article 153 «l'assemblée générale de la SA se compose de l'ensemble des associés ; tout associé a le droit de s'y présenter et de participer à ses décisions». De même, l'article 284 prévoit que «la SARL dispose d'une assemblée générale composée de tous les associés. Les dirigeants doivent convoquer les associés dans les huit jours précédant la tenue de l'assemblée». De plus, l'article 329 relatif à la société d'investissement immobilier dispose que «les associés constituent une assemblée générale considérée comme l'autorité supérieure dans la société, qui exerce les compétences prévues à ce droit et aux statuts». Concernant la SNC, l'article 56 prévoit que «tout associé agissant au nom de la société est présumé ayant droit de la représenter. Les conventions entre associés conférant ce droit à certains d'entre eux en éliminant d'autres, sont inopposables aux tiers». Cette disposition sous-entend que tout associé dispose du droit d'engager la société, ce qui vaut en fait droit de participation aux décisions collectives.

205. En revanche, l'article 85 relatif à la SCS, interdisant aux associés commanditaires de participer à la gestion sociale ou d'agir au nom de la société sans mandat particulier à chaque acte conclu, prévoit que l'associé violant est « solidairement responsable avec la société à l'égard des tiers, de même qu'il est révocable ».

⁴¹¹ Dans le même sens, *Cass. req.*, 23 juin 1941, *Rev. soc.* 2000, p. 12. – *Houin et Bouloc, Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, Sirey, 2e éd. 1976, n° 64).

⁴¹² *Bull. Joly Sociétés* 1999, p. 566, note Daigre ; *JCP E* 1999, p. 724, note Guyon.

⁴¹³ (*Rapp. C. cass.* 1999, p. 368).

⁴¹⁴ *Cass. com.* 23 oct. 2007 ; *Rev sociétés* 2007, p. 814, note P. Le Cannu ; *JCP E* 2007, 2433, note A. Viandier.

Toutefois, en l'application de ces dispositions aux groupes de sociétés, on constate que les associés minoritaires des filiales n'ont pas à être privés de leur droit de participer aux décisions collectives des assemblées générales de celles-ci. A défaut, ils peuvent agir en nullité contre l'acte de leur exclusion ainsi que retenir la responsabilité de la société mère initiatrice de cet acte.

B- Les exceptions (dissociation entre droit de vote et droit de participation)

Le principe général établit donc un droit de participation aux décisions collectives. La question se pose ici de savoir si ce droit implique nécessairement un droit de vote. La réponse nous amène à aborder deux points : la suppression et la limitation du droit de vote.

1- La suppression du droit de vote

206. La suppression du droit de vote pourrait se justifier par deux motifs. D'une part, les associés minoritaires, apportant leurs ressources à la firme en attendant leur rémunération sous forme de dividendes ou de plus-values, se voient souvent plus intéressés par ces droits financiers que par leurs droits politiques⁴¹⁵. Cette réalité s'avère aiguë au sein du groupe de sociétés, où la stratégie commune, exécutée par les sociétés filiales ne se définit pas d'une manière individuelle, mais collective pour servir l'entreprise commune du groupe. Les associés minoritaires dans ces filiales se rendent compte de cette réalité et n'hésitent ainsi pas à confier la gérance de leurs participations à la société mère. D'autre part, comme ces minoritaires sont susceptibles de constituer un obstacle à l'intégrité de l'entreprise du groupe, il est intéressant pour la société mère de les priver de leurs droits de vote, tout en bénéficiant de leur participation à l'investissement des filiales. Les moyens pertinents pour parvenir à cet objectif sont soit la création de titres sans droit de vote, soit la stipulation statutaire ou conventionnelle de cette privation. Il est dès lors nécessaire de se demander si la loi encourage la société mère à aboutir dans cette voie.

D'après les droits français et libyen, on constate qu'il y a certaines règles permettant la participation capitalistique sans droit de vote. Il s'agit pour elles aussi bien d'actions d'usufruit que d'actions de propriété.

a) Les actions d'usufruit

207. Les opérations de démembrement de propriété des droits sociaux (parts sociales

⁴¹⁵ C. Danglehant, *Le nouveau statut des minoritaires dans les sociétés anonymes cotées : l'application du principe de l'équité*, Rev. soc. 1996, p. 217.

et actions) ont pour effet de dissocier les prérogatives attachées aux titres sociaux pour les attribuer à des personnes distinctes, à savoir les nus-proprétaires et les usufruitiers. Selon l'alinéa 3 de l'article 1844 du Code civil français, applicable par principe à toutes les sociétés (y compris la SARL), « si une part est grevée d'un usufruit, le droit de vote appartient au nu-proprétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, où il est réservé à l'usufruitier. Les statuts peuvent déroger à cette disposition ». Le principe général qu'établit cette disposition est que le nu-proprétaire détient le droit de vote à toutes les décisions, autres celles afférentes aux bénéfices, réservées à l'usufruitier. Cet article permet, à titre exceptionnel, aux statuts de prévoir une clause différente. Or, même dans cette hypothèse, il n'est pas admissible que le nu-proprétaire soit démuné de sa qualité d'associé.

208. Dans l'affaire *Gaste* de 1994, la Cour de cassation⁴¹⁶ a distingué entre le droit de vote dont le nu-proprétaire peut être privé en faveur de l'usufruitier, et le droit de participer aux décisions collectives dont il n'a pas à être démuné. Elle a affirmé en ce sens que « l'alinéa 3 de l'article 1844 attribue en principe le droit de vote au nu-proprétaire, sauf en ce qui concerne l'affectation des bénéfices où ce droit revient à l'usufruitier ». En l'espèce, les statuts prévoient que le droit de vote appartient à l'usufruitier dans toutes les assemblées. La Cour de cassation ne critique pas cet aménagement statutaire mais précise que l'alinéa 1^{er} du texte ne peut faire l'objet d'une dérogation⁴¹⁷. Elle ajoute en ce sens « qu'aucune dérogation n'est prévue concernant le droit des associés et donc du nu-proprétaire de participer aux décisions collectives ». Autrement dit, la Cour de cassation opère en la matière une distinction entre la participation à la décision, attribut essentiel et intangible, et le droit de vote qui peut être aménagé ou supprimé. Elle en déduit que les statuts peuvent prévoir, en cas de démembrement de propriété des actions, que le droit de vote appartient toujours à l'usufruitier, du moment que le nu-proprétaire participe à la décision collective⁴¹⁸.

209. De même, en octobre 2003⁴¹⁹, la même Cour condamne une clause statutaire prévoyant que les parts d'une SARL soient indivisibles à l'égard de la société qui ne reconnaît qu'un seul propriétaire pour chacune d'elles et qu'en cas de démembrement, les

⁴¹⁶ Cass. com. 4 janv. 1994, *Rev. soc.* 1994, p. 278, note *Lecène-Marénaud* ; *Bull. Joly Sociétés* 1994, p. 249, note *Daigre*).

⁴¹⁷ Au visa de cet alinéa « tout associé a le droit de participer aux décisions collectives ».

⁴¹⁸ Voir en ce sens *L. Godon, Un associé insolite : le nu-proprétaire de droits sociaux, Rev. soc.* 2010 p.143.

⁴¹⁹ *Cour administrative d'appel de Paris, 2^{ème} ch. 15 oct. 2003, n° 01PA01423.*

parts seront valablement représentées par l'usufruitier. Elle déclare ainsi qu'une telle clause ne peut être regardée comme déniait au nu-proprétaire la qualité d'associé et que « les statuts ne peuvent refuser au nu-proprétaire tout droit de participer aux décisions collectives ».

Encore plus récemment, la Cour de cassation s'est prononcée sur une clause statutaire d'une SC stipulant que « le droit de vote appartenait à l'usufruitier pour les décisions ordinaires et extraordinaires » et précisant que « dans tous les cas les nus-proprétaires étaient obligatoirement convoqués aux assemblées générales ». Par décision prise en assemblée générale extraordinaire les associés usufruitiers ont approuvé un projet de fusion ayant pour objet l'absorption de cette société par la société civile holding. Un associé nu-proprétaire, soutenant que la stipulation statutaire réservant le droit de vote à l'usufruitier était illicite, a demandé l'annulation des délibérations prises lors de l'assemblée. La Cour de cassation, reprochant à la Cour d'appel d'avoir déclaré l'illicéité de cette clause, énonça que « les statuts peuvent déroger à la règle selon laquelle, si une part est grevée d'usufruit, le droit de vote appartient au nu-proprétaire, dès lors qu'ils ne dérogent pas au droit du nu-proprétaire de participer aux décisions collectives⁴²⁰ ».

La décision est donc en harmonie avec le principe posé par les deux précédents arrêts : la privation du nu-proprétaire de droit de vote ne peut signifier pour lui interdiction de participer aux décisions collectives. L'usufruitier, investi de l'ensemble des droits de vote, doit veiller à ne pas abuser des prérogatives qui lui sont confiées.

210. Par ailleurs, s'agissant des sociétés par actions autres que les SAS, il semble que le législateur confère plus de prérogatives à l'usufruitier. En effet, l'article 225-110 alinéa 1 du Code de commerce, relatif à la SA et applicable sous renvoi à la SCA, prescrit que « le droit de vote attaché à l'action appartient à l'usufruitier dans les assemblées générales ordinaires et au nu-proprétaire dans les assemblées générales extraordinaires ». Il s'ensuit que l'usufruitier dans une société anonyme dispose d'attributions plus étendues que celles dont jouit un usufruitier dans une autre société⁴²¹. Comme on le sait, les prérogatives de l'assemblée générale ordinaire ne se restreignent pas aux décisions relatives aux bénéfécies, mais également à d'autres actes de nature variée, tels que la nomination des organes sociaux, la ratification du bilan annuel, l'approbation des conventions réglementées.

⁴²⁰ Cass. com. N° 08-13.185, 2 déc. 2008. Voir aussi cass. com. 03-17.421 - 22 févr. 2005 ; CA Bordeaux, ch. civ. 01 SECT. A - 09/07246 - 27 févr. 2012.

⁴²¹ Voir M. Germain et J-P Legros, *Travaux dirigés de droit des sociétés*, Litec, 7e éd., n°9, p. 102.

Du reste, selon le quatrième alinéa de cet article, les statuts peuvent déroger aux dispositions du premier alinéa. Cette autorisation a été à l'origine d'une jurisprudence variée. Dans une décision rendue le 31 mars 2004, la Cour de cassation⁴²² vient préciser les conditions dans lesquelles les statuts peuvent déroger aux règles relatives au droit de vote en cas de démembrement de propriété. En l'espèce, les statuts d'une SCA prévoyaient que le droit de vote aux assemblées tant ordinaires qu'extraordinaires ou spéciales appartenait au nu-propriétaire. Un groupe d'actionnaires faisait valoir que cette stipulation avait pour effet de priver les usufruitiers de tout droit de vote. L'annulation de cette clause avait donc été demandée. La Cour d'appel accueille cette demande. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé, et confirme la décision de la Cour d'appel se prononçant en faveur de l'usufruitier⁴²³. Selon cette jurisprudence, on ne peut pas priver complètement l'usufruitier de son droit de vote.

b) Les actions de propriété

211. Les associés minoritaires de la filiale sont souvent mal accueillis dans l'assemblée générale, comme si leur participation faible ne les autorisait pas à émettre une opinion. Pour ne pas permettre à une minorité de blocage de freiner la stratégie définie pour le groupe, la société mère fondatrice et associée majoritaire, trouve assurément un intérêt certain à l'insertion dans les statuts de sa filiale d'une clause interdisant aux associés non titulaires d'un nombre déterminé d'actions de faire partie de l'assemblée générale. La clause protège cette société, lorsqu'elle dispose d'un poste d'administrateur ou de gérant, des questions indésirables qu'un « petit actionnaire mal informé » pourrait poser⁴²⁴. La question qui vient à l'esprit dans ce cas est celle de la légitimité de telles clauses statutaires.

La réponse semble en principe fournie par l'article 1844 du Code civil qui confère à tout associé le droit de participer aux décisions collectives. Selon la Cour de cassation, cette disposition relève de l'ordre public lorsqu'il s'agit d'une SCA. Dans un arrêt, elle a indiqué qu'au visa de l'article 1844 « tout associé, excepté dans les cas où la loi en dispose autrement, a le droit de participer aux décisions collectives et de voter et que les statuts ne

⁴²² Cass. 23 mars 2004, n° 03-16.694. : Bull. civ. 2004 IV n°70 p.71.

⁴²³ Elle déclare dans ce sens que « justifie légalement sa décision d'annuler la clause statutaire selon laquelle, en cas de démembrement de la propriété d'une action, le droit de vote aux assemblées tant ordinaires qu'extraordinaires ou spéciales appartient au nu-propriétaire, la Cour d'appel qui retient qu'en permettant pas à l'usufruitier de voter les décisions concernant les bénéfices, cette clause subordonne à la seule volonté des nus-propriétaires le droit d'user de la chose grevée d'usufruit et d'en percevoir les fruits, alors que l'article 578 du Code civil attache à l'usufruit ces prérogatives essentielles ».

⁴²⁴ Voir encore D. Schmidt, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, op. cit., n°126, p.87.

peuvent déroger à ces dispositions. Violent ce texte la Cour d'appel qui fait application de statuts qui instituaient pour certains associés, une suppression du droit de vote non prévue par la loi⁴²⁵». À notre avis, les motifs de cet arrêt conviennent tout à fait pour les SA⁴²⁶ et SARL faute d'un texte dérogatoire à l'article 1844 C. civ.

Concernant la SAS, il existe en droit français une disposition dérogatoire, l'article L. 227-16 du Code de commerce relatif à la cession de titres forcée tant que l'associé ne l'a pas réalisée, qui prévoit la possibilité de supprimer les droits non pécuniaires au vu d'une clause statutaire⁴²⁷. Aux termes de cet article, « dans les conditions qu'ils déterminent, les statuts peuvent prévoir qu'un associé peut être tenu de céder ses actions. Ils peuvent également prévoir la suspension des droits non pécuniaires de cet associé tant que celui-ci n'a pas procédé à cette cession ».

212. La question se pose en la matière de savoir si cette disposition constitue ou non une dérogation à l'article 1844 du Code civil. Le texte répond partiellement en affirmant qu'il revient aux statuts de prévoir les conditions dans lesquelles un associé peut être tenu de céder ses actions. Mais on peut encore s'interroger sur les limites de ce pouvoir : jusqu'où aller dans le sens de la liberté ?

Selon certains auteurs, le droit de vote peut être encore supprimé au détriment d'un associé s'opposant à la cession de ses actions. Selon *Le Cannu et Dondero*, « les droits qui peuvent être suspendus sont seulement les droits non pécuniaires. Il est donc possible de retirer le droit de vote et le droit de diriger dans certaines hypothèses fixées dans les statuts⁴²⁸ ». La Cour de cassation ne semble pas se ranger à cette opinion. Dans un arrêt rendu en octobre 2007, elle a reproché à la Cour d'appel de Douai⁴²⁹ d'avoir admis la validité de la clause statutaire supprimant le droit de vote de l'actionnaire majoritaire dans la délibération sur son exclusion⁴³⁰. Elle a montré les limites de la liberté statutaire au sein

⁴²⁵ Cass. com. 9 févr. 1999, n° 96-17. 661.

⁴²⁶ Voir encore Cass. civ., 07 avr. 1932 : « sont nulles, comme entraînant suppression du droit de vote, les dispositions d'un article des statuts d'une société anonyme qui excluent du droit de vote aux assemblées générales les cessionnaires d'actions nominatives, ou au porteur auxquels le conseil d'administration n'a pas reconnu le droit de suffrage, encore que ces cessionnaires soient investis, par le seul offre de transfert ou de la tradition, des droits pécuniaires attachés à leurs titres ».

⁴²⁷ Cet article expose que « dans les conditions qu'ils déterminent, les statuts peuvent prévoir qu'un associé peut être tenu de céder ses actions. Ils peuvent également prévoir la suspension des droits non pécuniaires de cet associé tant que celui-ci n'a pas procédé à cette cession ».

⁴²⁸ P. *Le Cannu et B. Dondero*, op. cit., n 1041, p. 688.

⁴²⁹ CA Douai 16 mars 2006.

⁴³⁰ Il s'agit dans cette affaire d'une SAS dénommée "Arts et entreprise" qui avait été constituée entre deux époux et une autre personne, laquelle détenait près des deux tiers des actions composant le capital social. Les deux époux, se fondant sur une clause des statuts décident l'exclusion de l'associé majoritaire. Mais ils

de la SAS en déclarant qu'il « résulte de l'article 1844 du code civil que tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et de voter et que les statuts ne peuvent déroger à ces dispositions que dans les cas prévus par la loi ; si, aux termes de l'article L. 227-16, les statuts d'une société par actions simplifiées peuvent, dans les conditions qu'ils déterminent, prévoir qu'un associé peut être tenu de céder ses actions, ce texte n'autorise pas les statuts, lorsqu'ils subordonnent cette mesure à une décision collective des associés, à priver l'associé dont l'exclusion est proposée de son droit de voter sur la proposition⁴³¹ ».

Dans cette espèce, la Cour de Cassation s'emploie donc à réaffirmer la prééminence du droit commun des sociétés qui, en l'espèce, « formule une règle d'ordre public, sans altérer la spécificité de la SAS qui repose sur la liberté contractuelle⁴³² ». Selon le raisonnement de sa décision, les statuts peuvent prévoir que l'associé peut être obligé de céder ses actions, mais sans pour autant que celui-ci soit dépourvu de son droit de vote. Bien qu'il soit en conformité avec les principes généraux selon lesquels tout associé peut conserver cette qualité et un propriétaire ne peut être privé de sa propriété de manière arbitraire et sans fondement légal, cet arrêt a fait l'objet de plusieurs commentaires. Certains auteurs doutent fortement de la possibilité pour les statuts de créer une exclusion de vote à l'égard de l'associé intéressé. Ainsi, selon *L. Grosclaude*, cette décision est contestable essentiellement car elle met en cause le principe entendu suivant lequel le droit de vote doit s'effacer devant le conflit d'intérêt⁴³³. S'inspirant de la même doctrine, *H. Azarian*⁴³⁴ a écrit : « dès lors que les statuts d'une SAS soumettent l'exclusion à une décision collective des associés, l'associé menacé par une telle mesure ne saurait être privé de son droit fondamental de prendre part à cette décision et de voter sur sa propre exclusion ».

n'appellent pas cet associé à voter sur sa propre éviction. L'exclu soutient que la clause porte atteinte au droit de vote reconnu à tout associé, et il demande au tribunal d'annuler la décision dont il est victime. Voir le commentaire de cette décision, *P. Le Cannu, Sociétés par actions simplifiées, l'article 1844 du code civil et l'exclusion d'un associé de SAS, note sous Cour de cassation (com.) 23 oct. 2007, rev. soc. 2007, pp.814 et ss.*

⁴³¹ *Cass. com.*, 23 oct 2007, n° 06-16.537, *D'Hem c/ Lacquay, FS-P+B+R+I* : *Bull. civ.* 2007, IV, n° 225, p 259 : *JurisData* n° 2007-041010 ; *Dr. sociétés* 2007, *comm.* n° 116, *obs. H Hovasse* ; *D* 2007, p 2726, *obs. A Lienhard, JCP N* 2007, 1324 ; *note S Reifegerste* ; *Rev. Lamy Droit des Affaires, janv. 2008, n° 1369, p 8 s* ; *Rev sociétés* 2007, p 814, *note P. Le Cannu* ; *JCP E* 2007, 2433, *note A. Viandier* ; *JCP G* 2007, II, 10197, *note D. Bureau* : *LPA*, n° 16, 22 janv. 2008, *note A Albortchire* ; *Déf.* 2008, art. 38738, p 674, *note D. Giribila* ; *Bull. Joly* 2008, [§ 23], p 101, *obs. D. Schmidt* : *Déf.* 2008, art. 38804, p 1481, *note B. Thullier*.

⁴³² *H. Hovasse, Droit de vote et liberté statutaire dans la SAS, Droit des sociétés n° 12, Décembre 2007, comm. 219.*

⁴³³ *L. Grosclaude, Droit des sociétés, DUNOD, Paris, 2009, p.234.*

⁴³⁴ *H. Azarian, Société par actions simplifiées, création et statut des associés, JurisClasseur Commercial, Cote 5, 2012, n°128 et ss.*

113. D'autres auteurs, plus nombreux, tendent à admettre la faculté pour les statuts de suspendre le droit de vote de l'associé visé par la mesure d'exclusion. Selon *H. Hovasse*⁴³⁵, il faut permettre aux statuts de retirer son droit de vote à l'associé exposé à l'exclusion lorsqu'ils subordonnent cette mesure à une décision collective. En effet, tant que le pouvoir d'exclure l'associé peut être attribué à un quelconque organe de la société, il faut *a fortiori* admettre que l'associé exclu peut être tenu à l'écart de la décision qui l'atteint. *P. Le Cannu* estime que la décision de la Cour de cassation est au-dessus de toute critique pour deux principales raisons : d'une part, le droit individuel de chaque associé de participer à la décision collective implique nécessairement que cette décision doive être prise par tous les associés sauf exclusion légale. D'autre part, l'exclusion d'associé peut être vue comme une sanction qui porte une atteinte exceptionnelle au principe selon lequel tout associé peut conserver cette qualité, et au principe selon lequel un propriétaire ne peut être privé de sa propriété de manière arbitraire et sans fondement légal⁴³⁶.

214. En outre, en vertu de l'article L. 227-17 du Code de commerce, « les statuts peuvent prévoir que la société associée dont le contrôle est modifié au sens de l'article L. 233-3 doit, dès cette modification, en informer la société par actions simplifiée. Celle-ci peut décider, dans les conditions fixées par les statuts, de suspendre l'exercice des droits non pécuniaires de cet associé et de l'exclure. Les dispositions de l'alinéa précédent peuvent s'appliquer, dans les mêmes conditions, à l'associé qui a acquis cette qualité à la suite d'une opération de fusion, de scission ou de dissolution ». En l'application de cet article, la Cour d'appel de Grenoble⁴³⁷ s'est déclarée récemment défavorable à la privation du droit de vote. Il s'agit dans cette affaire d'une clause statutaire d'une SAS qui prévoyait « qu'en cas de changement de contrôle au sens de l'article L.233 3 du code de commerce, la société associée est tenue dès cette modification d'en informer la société au moyen d'une lettre recommandée avec avis de réception indiquant notamment l'identité ou la désignation complète de la ou des personnes bénéficiaires ainsi que la quotité du capital et des droits de vote acquis par elles » que « dès cette notification, le président provoque une décision collective des associés en vue de décider s'il y a lieu de suspendre l'exercice des droits non pécuniaires de la société concernée et de l'exclure », que « cette décision est prise par les associés à l'unanimité, 1832 du Code civil ne prévoit aucune dérogation législative expresse pour les SAS. Elle a affirmé que « la société par actions simplifiées, comme toute

⁴³⁵ *H. Hovasse, idem, comm. 219.*

⁴³⁶ *P. Le Cannu, op. cit., pp. 814 et ss.*

⁴³⁷ *CA de Grenoble, Ch. Com., 9 févr. 2012, n° 11/03662.*

société commerciale, obéit toutefois aux règles générales édictées par les articles 1832 et suivants du Code civil, et notamment à la règle d'ordre public de l'article 1844 alinéa premier du Code civil aux termes duquel « tout associé a le droit de participer aux décisions collectives ». Les statuts de la société ne peuvent donc pas déroger au droit fondamental reconnu par la loi à tout associé de participer par son vote aux décisions collectives ».

Bien qu'elle se rende compte de la flexibilité des règles particulières à la SAS, la Cour de Grenoble se montre hostile à la privation de l'associé de son droit de vote. Elle estime ainsi que « s'il est incontestable que la société par actions simplifiées est marquée par un fort *intuitus personae*, ce caractère ne saurait en outre permettre, en l'absence d'autorisation explicite de la loi qu'il soit conventionnellement porté atteinte à la prérogative essentielle d'un associé de participer aux décisions, dont la loi, ou les statuts comme en l'espèce, prévoient qu'elles doivent être prises collectivement ». En d'autres termes, la Cour d'appel a suivi dans son interprétation de l'article 227-17 le même commentaire de la Cour de cassation pour l'article 227-16, en affirmant que ce texte n'autorise pas les statuts à priver un associé de son droit de vote en application de l'article 1844 du Code civil applicable aux SAS.

215. On peut enfin se demander si la suppression du droit de vote peut être décidée par un acte extrastatutaire, une convention de vote. Nous avons constaté dans le chapitre préliminaire⁴³⁸ que le droit de vote peut être détaché du capital social par la technique des conventions de vote. L'associé confère par ce moyen ses droits de vote à une autre personne actionnaire ou étrangère. Ces actes peuvent relever de toutes les décisions collectives ou se limiter aux plus importantes, telles celles qui concernent le choix des dirigeants, l'agrément de nouveaux associés, la politique d'investissement, l'affectation des résultats⁴³⁹.

Les conventions de vote ont été acceptées par la jurisprudence sous réserve qu'elles n'aient pas pour conséquence de priver définitivement l'associé de son droit de vote. Leur légitimité est conditionnée par le fait qu'elles soient données à titre ponctuel ou à titre de mandat⁴⁴⁰. En effet, les conventions données à titre permanent, portant atteinte au

⁴³⁸ Voir supra n° 38 et s.

⁴³⁹ Voir A. Charveriat et alter, *Groupe de sociétés*, op. cit., n°2852, p. 332.

⁴⁴⁰ Cette condition est imposée par le droit commun des contrats exigeant que le contrat soit conclu pour une durée déterminée. Voir F. Pasqualini, *Les conventions extra-statutaires, outils de modulation de la rémunération des associés*, Rev. soc. 2010 p.79.

droit de vote, sont qualifiées d'abus de vote et sanctionnées d'une peine d'emprisonnement et d'une amende de 9000 euros (C. com. art. L. 242-9,3°) de même que déclarées nulles.

De plus, les conventions de vote, encore que privant l'associé de son droit de vote, ne peuvent le démunir de son droit de participer aux décisions collectives s'exerçant par sa part dans les délibérations des assemblées générales. En ce sens *A. Charveriat*⁴⁴¹ et *alter* écrivent que « même si ces conventions ont longtemps fait l'objet de critiques au motif que le droit de vote doit être exercé librement et qu'aucune entrave ne doit être apportée statutairement ou contractuellement à ce libre exercice, l'examen de la jurisprudence montre que ce principe n'est pas absolu et que les tribunaux ne prononcent la nullité des conventions de vote que dans le cas où, par son engagement, l'actionnaire s'est dépouillé intégralement de son droit ». De même, les conventions de vote sont considérées comme illicites si elles ont pour seule contrepartie, le versement d'une rétribution sous quelque forme que ce soit. Un tel engagement sera contraire à l'ordre public⁴⁴².

216. S'agissant du droit libyen, il n'existe aucune règle interdisant de telles conventions. Bien au contraire, l'article 158 du Code de commerce (relatif à la SA, SCA et SARL) prévoit expressément que « les associés peuvent se faire représenter à l'assemblée générale par un mandataire, sauf clause statutaire contraire. Le mandat de représentation ne peut être confié aux membres du conseil d'administration ou au directeur général ».

c- La suppression du droit de vote lors d'une opération de fusion

217. La suppression du droit de vote relève le cas échéant de la fusion dite « simplifiée », c'est-à-dire dans l'hypothèse où la société mère absorbante détient 90% de sa filiale absorbée. La procédure de fusion simplifiée consiste le cas échéant en l'absence d'intervention de l'assemblée générale de la société absorbante et l'absence d'émission des rapports du commissaire à la fusion et des organes d'administration. Selon l'article L. 236-11-1 du Code de commerce (issu de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011), cette procédure a vocation à s'appliquer « lorsque, depuis le dépôt au greffe du tribunal de commerce du projet de fusion et jusqu'à la réalisation de l'opération, la société absorbante détient en permanence au moins 90 % des droits de vote des sociétés absorbées, sans en détenir la totalité ». Cette réforme n'exonère en revanche pas l'opération de fusion simplifiée d'une filiale à 90 % de l'intervention de l'assemblée générale de la société absorbée. Les associés

⁴⁴¹ *A. Charveriat et alter, idem, n° 2852 et ss. p. 332.*

⁴⁴² *A. Charveriant et alter, ibidem*

minoritaires de celle-ci trouvent ainsi vocation à discuter et participer au vote du projet de cette fusion, de même qu'ils disposent du droit de faire racheter leurs actions à leur juste prix, préalablement à la fusion (nouvel article L. 236-11-1 du Code de commerce).

Dans cette dernière hypothèse, la valeur des actions des actionnaires minoritaires de la société absorbée est déterminée, selon le cas :

- si les actions de la société absorbée ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé et en cas de contestation, la valeur des actions est déterminée par un expert désigné en justice, dans les conditions prévues par l'article 1843-4 du Code civil ;
- si les actions de la société absorbée sont admises aux négociations sur un marché réglementé, dans le cadre d'une offre publique, dans les conditions et selon les modalités fixées par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers ;
- si les actions de la société absorbée sont admises aux négociations sur un système multilatéral de négociation qui se soumet aux dispositions législatives ou réglementaires visant à protéger les investisseurs contre les opérations d'initiés, les manipulations de cours et la diffusion de fausses informations, dans le cadre d'une des deux offres figurant ci-dessus.

218. La nouvelle procédure de fusions simplifiées relative aux filiales à 90 % ne s'applique qu'aux fusions entre sociétés par actions, en l'absence de renvoi à l'article L. 236-11-1 du Code de commerce par les articles L. 632-2 et L. 236-23 du Code de commerce.

Par ailleurs, concernant la protection des créanciers minoritaires de la société mère absorbante à 90%, dont l'opération de fusion se réalise sans l'intervention de l'assemblée générale, l'article L. 236-11 du Code de commerce – ajouté par le nouveau dispositif – prévoit qu'un ou plusieurs d'entre eux réunissant au moins 5 % du capital social peut demander en justice la désignation d'un mandataire aux fins de convoquer l'assemblée générale extraordinaire de la société absorbante pour qu'elle se prononce sur l'approbation de la fusion.

2- La limitation du droit de vote

219. Les conventions de vote peuvent avoir des effets limitatifs de l'exercice du droit de vote dans les assemblées générales de la société. L'associé en l'occurrence ne cède pas son droit de vote à un coassocié ou à un tiers qui l'exerce en son lieu et place mais dirige ses votes dans un sens précis défini par la convention. À titre d'exemple, un acte préalable

à la tenue de l'assemblée générale d'une filiale, déterminant l'attitude des associés minoritaires vers la résolution à voter, ou modifiant la modalité de la prise de décision dans cette assemblée : voter la résolution par une majorité absolue au lieu d'une majorité qualifiée, ou par une majorité personnelle au lieu d'une majorité du capital. Parfois, l'associé minoritaire de la filiale s'engage envers la société mère (son coassocié majoritaire) à ne pas prendre certaines initiatives avant d'avoir l'avis favorable de cette dernière, ou de ne pas exercer son droit de vote ou son droit double durant une période donnée.

Il est question en l'état de savoir si de tels actes limitatifs du droit de vote produisent leurs effets à l'égard des personnes contractantes et de la société.

Selon la doctrine, ces conventions de vote doivent être tenues pour licites dès lors que leur application ne s'assimile pas à un abus de droit de vote⁴⁴³, ou ne heurte pas une règle d'ordre public⁴⁴⁴. De son côté, la jurisprudence déclare valables, les conventions qui n'aboutissent pas à un abus ou une violation d'une règle impérative, telles que celle prévoyant une répartition égalitaire des sièges d'administration dans une filiale commune à deux sociétés, ou une augmentation de capital favorable à la société. En revanche, elle condamne de nullité certains engagements, comme celui pris par un actionnaire de voter pour un candidat à un poste d'administrateur⁴⁴⁵, ou à ne pas voter certaines modifications statutaires pendant toute la durée de la société.

Sous-section II : Les droits pécuniaires

220. L'associé minoritaire de la filiale souhaite prendre sa part dans le partage des bénéfices procurés par l'activité de celle-ci. Cette vocation lui fait courir un risque social, mais lui permet aussi d'en retenir les bénéfices concrétisés en dividendes annuels. C'est-à-dire, la quote-part des bénéfices distribués chaque année par l'assemblée générale, les réserves constituées par la masse des bénéfices non distribués, et le boni de liquidation (qui n'est autre que le dernier dividende calculé au moment de la liquidation de la filiale). Faute de cette contrepartie, l'associé minoritaire peut se prévaloir de la nullité de son contrat de souscription qui pourrait entraîner la nullité du contrat de la société lui-même⁴⁴⁶. La société filiale ne pourrait donc selon cette logique survivre sans respecter ces droits. Ce sont les

⁴⁴³ A. Charveriat et A. Couret, *op. cit.*, n° 18654 p. 1024.

⁴⁴⁴ Voir dans le même sens, Hemard, *Terre et Mabilat, sociétés commerciales. T. II*, n°220.

⁴⁴⁵ Cass. Com., 14 mars 1950. s. 1950.1. 147, JCP 1950. 2. 5694, note Bastian ; Douai, 24 mai 1962, D. 1962, 688. note Dalsace, JCP 1962. 2. 1271.

⁴⁴⁶ Voir D. Schmidt, *thèse précitée*, n°53, p.37 : « la nullité du contrat de souscription entraîne en principe la nullité du contrat de société ».

véritables droits de l'associé minoritaire vis-à-vis du groupement majoritaire, concrétisé en matière de groupes dans la société mère. Cette sanction, lourde et défavorable à la sauvegarde de la vie sociale, reflète un principe général que les fondateurs et les associés majoritaires doivent respecter. Mais il existe néanmoins certaines exceptions qui méritent d'être abordées.

I- Le principe général

221. La nullité du contrat social, issue de la privation de bénéfice ou l'exonération de pertes, est prévue en droit libyen à l'article 566 du Code civil qui dispose : « s'il est prévu dans le contrat de la société qu'un associé ne participe pas aux bénéfices ou pertes, ce contrat est réputé nul ». Ce texte, applicable à toutes les sociétés, se justifie selon certains auteurs⁴⁴⁷ par le fait qu'une telle clause léonine est de nature à détruire le contrat de société en son essence. Elle constitue une rupture grave du principe d'égalité entre associés, qui doit gouverner les rapports sociaux.

En revanche, cette lourde sanction n'existe pas en droit français qui traite différemment la clause léonine. Selon l'article 1844-1 du Code Civil « la stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonération de la totalité des pertes, celle excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes sont réputées non écrites ». Ce texte ne sanctionne pas par la nullité la société dont les statuts prévoient une clause léonine. Celle-ci est considérée comme inexistante⁴⁴⁸. Par ailleurs, l'interdiction des clauses léonines, qui résulte des dispositions précitées, ne concerne que les stipulations statutaires ou conventionnelles inhérentes à la suppression totale de la participation de l'associé aux bénéfices et pertes sociaux. Lorsqu'il s'agit cependant d'une seule réduction de cette participation, on constate que les droits français et libyen permettent d'effectuer certains aménagements. Ainsi en droit libyen, le principe général établi par l'article 505 du Code civil⁴⁴⁹ édicte que la participation des associés aux dettes et bénéfices sociaux est définie par les statuts, sinon fixée en proportion de leur participation au capital. De plus, comme le droit libyen reconnaît l'apport en œuvre⁴⁵⁰, l'article 506-2 du même Code permet aux associés, dont la part se limite à leur

⁴⁴⁷ Voir M. Madi et F. Azahawi, *Les sociétés commerciales en droit libyen*, 1^{ère} éd. 1997., n°31, p. 42.

⁴⁴⁸ Y. Guyon, *op. cit.*, n°88, p. 153.

⁴⁴⁹ Cet article prévoit que « Si le contrat de la société ne définit pas la participation de chaque associé aux bénéfices et pertes, la quote-part de tout associé sera calculée proportionnellement à sa participation au capital »

⁴⁵⁰ Cette forme d'apport est connue en droit français sous le nom « d'apport en industrie ».

travail non rémunéré, d'être exonérés de tout concours aux pertes⁴⁵¹.

222. Ce principe est également prononcé en droit français à l'article 1844-1 al. 2, qui annule uniquement « la stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonération de la totalité des pertes ». Lorsqu'il s'agit cependant de clauses statutaires ou conventionnelles plus modérées, les associés pourront l'aménager en se partageant librement les bénéfices et les pertes. De ce fait, sont considérées comme « licites » les clauses qui ne prévoient pas la suppression totale du droit aux dividendes ou de l'obligation aux pertes, mais réduisent sensiblement leur étendue. Ainsi, selon la Cour de cassation, la prohibition est inapplicable pour certains types de conventions comme celles figurant dans un pacte d'actionariat relatif à la transmission des droits sociaux⁴⁵²; celle prévoyant la renonciation aux dividendes d'un exercice écoulé⁴⁵³; celles consistant en promesse d'achat des actions détenues par un PDG d'une société holding, consentie à ce dernier par son coassocié; celles démunissant l'associé de sa part dans certains cas à titre de clause pénale; ou encore, celles divisant les bénéfices entre deux associés non proportionnellement à leur participation, mais à titre égal⁴⁵⁴. De même, le droit français a également autorisé l'apport en industrie dans les sociétés à responsabilité limitée⁴⁵⁵ (C. com. art. L. 223-7-2, modifié par la loi du 15 mai 2001⁴⁵⁶). Il relève des statuts de déterminer les droits pécuniaires de l'apport en industrie et de préciser si celui-ci participe ou non aux pertes sociales. Cette large liberté statutaire permet néanmoins de s'interroger sur la qualité d'associé pour l'apport en industrie⁴⁵⁷.

223. En revanche, constitue une clause léonine, toute stipulation statutaire ou conventionnelle qui attribue à un associé la totalité des bénéfices ou qui exclut totalement un associé du profit. Il en est de même pour la clause qui affranchirait un associé de toute

⁴⁵¹ Cet article édicte que « l'associé qui ne participe à la société que par son travail peut être exonéré de tout concours aux pertes, à condition qu'il ne dispose pas d'une contrepartie à ce travail ».

⁴⁵² L'importance de cette jurisprudence est significative quant à son efficacité à la protection des minoritaires. La prohibition des clauses léonines ne se limite pas aux seules conventions contenues aux statuts de la société, mais également à celles extrastatutaires. Cela s'avère en effet différer d'un ancien arrêt de cassation (Cass. civ. 7 avr. 1987) rejetant un pourvoi formé contre la décision d'une Cour d'appel qui avait débouté le demandeur de l'action en nullité d'une convention fondée sur son caractère léonin. Les juges affirment que l'application de la prohibition des clauses léonines se limite aux seules conventions contenues dans le contrat de la société. Voir dans le même sens : M. Germain, note sous Cass. civ. 7 avr. 1987 : JCP, éd. E, 1988.II.15133; D. Randoux, note sous Cass. com. 20 mai 1986 : Rev. soc. 1986, p. 592.

⁴⁵³ CA Paris, 05 oct. 1993, Bull. Joly 1993, 1231, note M. D. Schödermeier, RTD Com. 1994, p.58.

⁴⁵⁴ En ce sens Cass. com. 17 nov. 2009, n°09-11.824.

⁴⁵⁵ Cette forme d'apport est interdite dans les sociétés par actions. Voir J-P. Legros et M. Germain, Travaux dirigés, op. cit., n° 6, p. 54.

⁴⁵⁶ Cet article édicte que « le cas échéant, les statuts déterminent les modalités selon lesquelles peuvent être souscrites des parts sociales en industrie »

⁴⁵⁷ Voir J-P. Legros et M. Germain, Travaux dirigés de droit des sociétés, op. cit., n°6, p. 53 et s.

contribution aux pertes ou qui mettrait à sa charge la totalité des pertes⁴⁵⁸, ou la clause par laquelle un associé minoritaire renoncerait par avance à percevoir ses dividendes, ou celle qui contraint un gérant d'une SCI à verser à la société mère de cette dernière un dividende minimal. Il en va également, selon la Cour de cassation française, pour la décision de l'assemblée générale d'une SNC prévoyant que jusqu'à un montant fixé de chiffre d'affaires (20.000000 f), les bénéfices seront réservés à certains associés⁴⁵⁹.

Toutefois, il est fort compréhensible que ce principe général revêt en matière de groupes une importance cruciale, étant donné la tendance que manifeste la société mère à l'autofinancement de son groupe. Il arrive en effet que cette société impose à ses filiales des clauses statutaires ou des décisions par lesquelles elle s'approprie injustement leurs bénéfices afin de se sauver des difficultés financières ou de réinvestir dans de nouvelles activités. Ces actes sont entachés de nullité parce qu'ils amènent à la privation totale de dividendes des associés minoritaires des filiales. Mais lorsqu'il s'agit cependant de clauses statutaires ou conventionnelles plus tempérées, la société mère doit être plus autonome dans l'aménagement de son groupe.

II- La mise en réserve comme exception au principe général

224. «Les sociétés sont faites pour distribuer des bénéfices⁴⁶⁰ ». Cette phrase d'Y. Guyon exprime l'ambition de tout associé minoritaire ou majoritaire et répond à la volonté du législateur, manifestée à l'article 1832 du Code civil. Mais dans la réalité, les choses peuvent être quelque peu différentes. On peut constater en la matière deux stratégies pour atteindre cette ambition. Certains associés, notamment minoritaires, estiment que la distribution doit être périodiquement effectuée, souhaitant toucher au plus vite les dividendes les plus élevés. D'autres associés, *a contrario*, considèrent qu'il est plus adéquat de constituer des réserves, pour élargir l'activité sociale en implantant de nouvelles filiales ou succursales, ou pour compenser des pertes ou régler des dettes sociales. Comme

⁴⁵⁸ Voir : G. Ripert et R. Roblot, par M. Germain et V. Magnier, *op. cit.*, p.36 ; M. Cozian et alter, *op. cit.*, n°129, p. 61. Selon ces derniers, il s'agit de « toute clause permettant à un associé de se tailler à la part du lion par allusion à la fable de La Fontaine ».

⁴⁵⁹ Cass. com. 00-17.538, 29 oct. 2003. Elle déclare dans cette affaire que « la stipulation n'attribuant à un associé qu'une fraction dérisoire des bénéfices est une clause léonine réputée non écrite ; qu'en l'espèce, la troisième résolution de l'assemblée générale du 6 mars 1989 n'a attribué aux sociétés Harpax et Arl Conseils, détentrices respectivement de 10 % et 40 % du capital de la société Alma Atlantique, que 2,5 % et 10 % tandis que MM. Y... et X... représentant 18 % et 30 % se sont attribués ensemble 87,5 % des bénéfices ; qu'en affirmant néanmoins que cette clause n'était pas léonine, la Cour d'appel a violé l'article 1844-1, alinéa 2 du Code civil ».

⁴⁶⁰ Y. Guyon, *Traité des contrats*, ouvrage précité.

Chartier⁴⁶¹ l'écrit « il est sage pour tout gestionnaire, il est même de son devoir, de prévoir l'avenir : aux jours fastes succèdent souvent des périodes de turbulence⁴⁶² ». Le législateur et la jurisprudence tendent à concilier cette mésintelligence d'une manière satisfaisante pour les deux parties. D'une part, ils privilégient, au nom de l'intérêt social, la politique d'autofinancement des entreprises en autorisant les statuts et les associés majoritaires à constituer des réserves, ainsi qu'à effectuer certains aménagements financiers. D'autre part, ils ne permettent pas que la mise en réserve soit privative de certains associés de leur droit aux dividendes.

A- Le droit de constituer des réserves

225. On entend par le mot "réserve" toute somme prélevée sur les bénéfices et affectée à une destination déterminée, ou conservée à la disposition de la société. Le montant et l'objet de cette somme sont déterminés soit par la loi (réserve légale), soit par les statuts (réserve statutaire), ou encore à l'initiative de l'assemblée générale ordinaire (réserve libre). Ce sont ces deux derniers cas qui nous intéressent le plus, car le cas des réserves légales ne pose aucun risque pour les associés minoritaires. L'assemblée générale dispose cependant d'un large pouvoir dans le cas des réserves statutaires ou libres. Elle peut, par une majorité extraordinaire, accéder à la modification des statuts pour insérer une nouvelle mise en réserve ou augmenter la présente. Et par une simple résolution, elle est, à tout moment, en mesure de constituer de nouvelles mises en réserve, fixant librement leur montant et leur objectif.

Ce principe général a d'ailleurs été clairement posé par quelques décisions jurisprudentielles, dont celle de la Cour d'appel de Reims⁴⁶³. Il s'agit dans cette affaire d'une contestation présentée par deux associés minoritaires d'une SA. Ces derniers ont assigné en 2004 leur coassociés majoritaires devant le tribunal de commerce de Sedan, afin de prononcer l'annulation des délibérations de l'assemblée générale ordinaire, se rapportant à l'affectation des bénéfices, et de s'allouer une somme de 150000 euros à titre de dommages-intérêts. Par jugement du 13 décembre 2004, le dit tribunal a condamné les défendeurs à payer la somme réclamée, ordonnant l'exécution provisoire de la décision en cause. Pour entrer en voie de condamnation, le tribunal relève que, « depuis l'exercice

⁴⁶¹ Y. Chartier, *Sanctions de l'affectation systématique, à la demande des associés majoritaires, des bénéfices d'une société aux réserves, affectation ne répondant ni à l'objet ni aux intérêts de celle-ci. Note sous cassation (ch. Com), 6 juin 1990. Rev. Soc. 1990, p.606.*

⁴⁶² Voir encore M. Germain et J-P. Legros, *Travaux dirigés de Droit des sociétés, op. cit., n°67, p. 70.*

⁴⁶³ CA. Reims, 1ère ch. Civ. 10 sept. 2007, n°04/02958.

1994-1995, la totalité des bénéfices nets de la société a été mise en réserve, d'une manière excédant vingt fois le montant du capital social, et qu'une telle affectation ne répondait pas à l'intérêt social, mais au seul intérêt des associés majoritaires ». Il a estimé que cette mise en réserve caractérisait un abus de majorité.

226. Les associés majoritaires condamnés ont demandé à la cour d'appel de Reims l'infirmité du jugement. Or, comme les intimés n'avaient pu parvenir à l'annulation de la décision contestée en première instance, ils ont demandé à la cour d'appel d'annuler la clause de mise en réserve. Cette dernière a cependant rejeté leur demande, affirmant qu'ils n'ont pas démontré que les décisions de mise en réserve avaient procédé d'un abus du droit de majorité et aurait été prise à l'encontre de l'intérêt social et dans l'unique dessein de favoriser les associés majoritaires. Selon elle, l'affectation des résultats d'une société à un compte de réserves n'est pas contraire aux dispositions des articles 1832 et 1833 du Code civil, dans la mesure où l'augmentation des capitaux propres de la société a pour effet d'accroître la valeur des actions et, partant, de réaliser l'objectif poursuivi par le contrat de société. Nul ne peut contester cette politique tant qu'elle n'apporte pas la preuve d'abus de majorité.

227. Cette décision met en évidence un problème majeur concernant la protection des associés minoritaires qui n'ont pas véritablement une participation significative à la décision de mise en réserve. Ces derniers sont souvent passifs face aux majoritaires qui emploient cette technique pour échapper à des augmentations du capital social diminuant leur poids dans la société⁴⁶⁴. Dans cet arrêt, on peut se demander quelle preuve attendait la Cour de Reims. S'il ne suffit pas que ces derniers soient privés neuf ans de suite de leur droit aux dividendes, dont le montant réservé excède de vingt fois le capital social, il est ardu d'établir qu'une mise en réserve quelconque puisse être à l'origine d'un abus de majorité ; d'où cette conclusion : des bénéfices réservés et des droits suspendus à l'infini⁴⁶⁵.

228. On peut imaginer encore que le risque devient majeur s'agissant d'un groupe de sociétés où la majorité du capital des filiales est détenue par la société mère. Les associés minoritaires de ces dernières, n'ayant pas de poids significatif, se voient souvent soumis à

⁴⁶⁴B. Lecourt, *Annulation d'une décision sociale de mise en réserve des bénéfices pour abus de majorité. Note sous cassation, (com), 1^{er} juill. 2003. Rev., soc. 2004.*

⁴⁶⁵Voir Cass. com. 6 juin 1990, n°80-19.42088-19.783. Elle déclare que « caractérise l'abus du droit de majorité la Cour d'appel qui fait ressortir que l'affectation systématique, depuis la création d'une société à responsabilité limitée, de tous les bénéfices aux réserves n'avait répondu ni à l'objet ni aux intérêts de cette société et que ces décisions avaient favorisé les associés majoritaires au détriment des associés minoritaires ».

la volonté de la société mère et privés sensiblement de leurs dividendes. De plus, la mise en réserves effectuée dans une filiale semble différente de celle décidée dans une société isolée, qui ne connaît en réalité que son propre intérêt. Dans une filiale, la constitution des réserves peut être menée pour des considérations inhérentes au groupe de sociétés d'une manière collective. Ainsi, utilisant la technique des conventions de trésorerie, la société mère pourrait s'approprier des réserves d'une filiale pour financer de nouvelles implantations ou pour sauver ou développer d'autres filiales existantes. Comme l'explique un auteur⁴⁶⁶, même si les bénéfices réservés se révèlent aux comptes des sociétés filiales en fonction de leur chiffre d'affaire, ils ne seront utilisés que suivant l'intérêt commun du groupe, contrôlé par la société mère. Ce problème s'avère au demeurant plus concret s'agissant d'un groupe multinational où les bénéfices des sociétés liées se transfèrent d'une entité à une autre, ignorant à la fois les frontières de leur pays et les intérêts particuliers de leurs associés minoritaires.

B- Le contrôle judiciaire de la constitution des réserves

229. Assumant le risque d'être privés de leurs dividendes, les associés minoritaires de la filiale peuvent s'opposer à la clause de réserve insérée dans les statuts de celle-ci ou décidée à son assemblée générale. Cette clause est entachée de nullité puisqu'elle débouche sur un abus de majorité qui profite à la société mère. La Cour de cassation reconnaît cette faculté à tout associé, sans tenir compte qu'il appartienne à une société isolée ou à une société membre d'un groupe. Ainsi dans une affaire récente, elle s'est prononcée en faveur d'un groupe minoritaire à propos de création d'une réserve libre⁴⁶⁷. Il s'agit d'une société anonyme dont les associés majoritaires ont décidé de mettre en réserve les bénéfices perçus au cours de l'exercice 2002-2003. Ceux-ci allèguent que « la mise en réserve répond à une politique de prudence compte tenu des difficultés rencontrées dans le secteur de l'informatique après le passage à l'euro et de la forte concurrence qui règne dans ce secteur, ce qui est traduit par une baisse importante du chiffre d'affaires d'I.P.L.S en 2000 puis de nouveau en 2002 ; que le rapport de gestion de 2001 faisait ainsi part des inquiétudes de la société pour l'avenir ». La cour d'appel de Versailles a été convaincue par ces motifs, affirmant de plus que le groupe minoritaire ne prouvait pas que ces décisions d'affectation des bénéfices aux réserves aient été prises « contrairement à l'intérêt général de la société dans l'unique dessein de favoriser les actionnaires majoritaires au détriment de la

⁴⁶⁶ Voir H. Issa, *Les sociétés multinationales*, op. cit., p.181.

⁴⁶⁷ Cass. com. 17 mars 2009, n°08-11.268.

minorité ». Comme les minoritaires étaient désavantagés, ils ont invoqué devant la Cour de cassation l'abus de majorité issu de la mise en réserve. Cette dernière s'est aisément rangée à ces arguments en déclarant que la cour d'appel ne s'était pas fondée sur des motifs adéquats lorsqu'elle avait recueilli les arguments des associés majoritaires.

Cet arrêt, bien que répondant à l'intérêt des associés minoritaires, ne s'appuie pas sur des éléments solides. En effet, les motifs sur lesquels les associés majoritaires ont fondé leur décision ne paraissent pas convenablement réfutés. Le fait qu'une société ait traversé des difficultés afférentes au secteur de l'informatique, qui se sont traduites par une baisse importante du chiffre d'affaire et une forte concurrence, peut à notre avis justifier sans conteste la mise en réserve.

230. En outre, la mise en réserve, qu'elle soit prévue dans les statuts ou décidée par l'assemblée générale, ne doit servir que l'intérêt social. Cette exigence ne se prête à aucune discussion pour une société isolée car son intérêt ne peut être distinct de celui de ses associés. Mais au sein d'un groupe, elle suscite des hésitations. En effet, comme nous l'avons relevé plus haut, le champ d'intérêt de la filiale ne se limite pas à l'intérêt des associés, mais peut être affecté par des intérêts extérieurs plus ou moins lointains. Ainsi, les difficultés financières que traverse une société membre du groupe peuvent introduire des effets néfastes à l'intérêt des autres sociétés. La question se pose ainsi de savoir si la mise en réserve effectuée par une filiale peut être investie au profit d'une autre société du groupe.

Répondre à cette question implique de distinguer deux hypothèses : l'existence ou non d'une convention de trésorerie entre les sociétés membres du groupe. En cas de présence de cette convention, la décision relève de la compétence du conseil d'administration ou du directoire, puisqu'une telle opération est autorisée par la loi (C. mont. art. L. 511-7 al.3). Dans le cas contraire, l'acte à conclure doit faire l'objet de la procédure d'autorisation, car il est soumis au régime des conventions réglementées, sauf, bien entendu, s'il est effectué à titre gratuit ou relève du régime des conventions interdites⁴⁶⁸.

⁴⁶⁸ Voir plus de détails sur ce sujet supra, n° 84 et ss.