

Le conflit d'intérêts issu de la position dominante de la société mère

110. L'article 1844 al. 1 du Code civil français dispose que « tout associé a le droit de participer aux décisions collectives ». Considérée traditionnellement comme impérative²²⁹, la règle qu'énonce ce texte confère à tout associé, quelle que soit l'importance de ses participations, le droit de se présenter et de voter aux assemblées générales de la société. Mais ce caractère impératif n'échappe pas aujourd'hui à certaines critiques. D'une part, le droit de participer aux décisions collectives ne vaut pas nécessairement droit de voter, car on peut participer à une délibération sans voter, d'autant plus que le droit des sociétés permet aux statuts de limiter le nombre de voix dont peut disposer un même actionnaire (C. com. art L. 225-125), ou d'émettre des titres dépourvus de droits de vote (actions à dividendes prioritaires sans droits de vote – avant la réforme de 2004 –, actions de préférence ensuite). D'autre part, concrétiser la volonté sociale dans la volonté émise par tous les associés, ne semble plus convaincant que pour les sociétés de personnes où les décisions se prennent en principe à l'unanimité²³⁰. Lorsqu'il s'agit d'une société de capital, ce n'est que la majorité qui décide au nom des intérêts de la collectivité²³¹. Comme l'observe D. Schmidt, le pouvoir majoritaire d'exprimer la volonté sociale « ne se réduit pas à l'habilitation d'un porte-parole mais comporte un élément de décision d'autorité, s'imposant aux intérêts représentés²³² ».

Dès lors, la participation de la minorité à la formation de la volonté sociale ne semble que théorique, notamment dans les groupes de sociétés où les pouvoirs se concentrent souvent au sein d'une seule société mère ou holding disposant de la majorité capitalistique

²²⁹Voir D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, op. cit., p. 93; En ce sens Ripert, Roblot (*Traité de droit commercial*, tome 1, volume 2, 18e éd., LGDJ, Paris 2002, par M. Germain, n° 1607) affirment qu' « il est impossible qu'un actionnaire ou associé soit privé, même temporairement, en dehors des prévisions légales »

²³⁰ Selon l'article L. 221-16 du Code de commerce concernant la SNC « les décisions qui excèdent les pouvoirs reconnus au gérant sont prises à l'unanimité des associés. Toutefois les statuts peuvent prévoir que certaines décisions sont prises à une majorité qu'ils fixent ». Pour la SCS c'est les statuts qui fixent les conditions relatives à la prise des décisions (art. L. 222-15 du C com).

²³¹ Voir pour la société anonyme : l'article 225-96 du Code de commerce relatif aux assemblées générales, qui prévoit que l'assemblée générale extraordinaire « ne délibère valablement que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins, sur première convocation, le quart et, sur deuxième convocation, le cinquième des actions ayant le droit de vote (...) dans les sociétés ne faisant pas appel public à l'épargne, les statuts peuvent prévoir des quorums plus élevés ». Pour l'assemblée générale extraordinaire, l'alinéa 98 dudit article fixe le quorum exigé pour la présence et le vote. Il prévoit que cette assemblée « ne délibère valablement sur première convocation que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins le cinquième des actions ayant le droit de vote. Dans les sociétés ne faisant pas appel public à l'épargne, les statuts peuvent prévoir un quorum plus élevé. Sur deuxième convocation, aucun quorum n'est requis. Elle statue à la majorité des voix dont disposent les actionnaires présents ou représentés ».

²³² Voir D. Schmidt, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, op. cit., n° 23 p.19.

dans ses filiales. Les associés minoritaires de ces dernières se trouvent dans les assemblées générales face au représentant permanent de la société mère, qui leur impose au nom de celle-ci une stratégie commune définie pour le groupe, transcendant l'intérêt particulier de chaque filiale.

De ce fait, il convient d'aborder les différentes formes d'abus de position dominante de la société mère, ainsi que les sanctions que prévoit la loi contre ces abus.

Sous-section I : Les différentes formes d'abus de position dominante

111. La société mère peut poursuivre un intérêt personnel contraire à l'intérêt social de sa filiale ou s'octroyer un avantage particulier non partagé avec les associés minoritaires de celle-ci.

I- La poursuite d'un intérêt personnel contraire à l'intérêt social

112. L'article 1833 du Code civil français édicte que « toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés ». La Cour de cassation française a affirmé au visa de cet article que « toute société doit être constituée dans l'intérêt des associés ; qu'il y a abus de minorité ou d'égalité lorsque l'attitude des actionnaires minoritaires est contraire à l'intérêt général de la société en ce qu'il interdit la réalisation d'une opération essentielle pour celle-ci et dans l'unique dessein de favoriser un intérêt égoïste au détriment de celui des autres associés²³³ ». Dans une autre affaire, la même Cour a déclaré que, dans le cadre d'un groupe de sociétés, les opérations réalisées par les membres du conseil d'une filiale dans l'intérêt du groupe ne sont pas constitutifs d'abus de bien sociaux.

Dès lors, la Cour de cassation se réfère à deux acceptions de la notion d'intérêt : l'une tient à l'intérêt social visé à l'article 1833 du Code civil, et l'autre s'appuie sur la notion d'intérêt du groupe pour écarter le délit d'abus de bien sociaux. Cette dualité d'intérêt invite à la réflexion.

A- La notion d'intérêt social

113. La notion d'intérêt de la société ne doit pas être confondue avec celle d'objet social car toutes deux correspondent à des réalités différentes. Un acte peut entrer dans l'objet de la société bien qu'il ne serve pas forcément l'intérêt social. Par exemple, pourrait

²³³V. Cass, 3^e ch. civ. n° 09-10.209, 16 déc. 2009.

être conforme à l'objet d'une filiale, l'accord à sa mère des avals ou des sûretés en exécution d'une convention de trésorerie, alors que ces actes sont de nature à compromettre son intérêt.

L'intérêt social est considéré comme un standard ou un guide qui oblige les associés et les dirigeants à agir dans le respect des éléments fondamentaux de la société²³⁴. Il détermine la politique suivie par cette société, notamment en matière d'investissement, de distribution de dividendes, ou d'absorption d'autres entreprises. De plus, les pouvoirs des dirigeants et des associés, et les restrictions qui leur sont imposées, varient en fonction de l'acception de l'intérêt social²³⁵. Comme l'interprètent certains auteurs, l'intérêt de la société anime la gouvernance de celle-ci et détermine l'étendue des missions du conseil d'administration (ou du directoire en cas de structure duale)²³⁶.

114. Toutefois, en l'absence d'une définition juridique précise, la notion d'intérêt social n'est pas l'objet d'un accord unanime dans la doctrine et la jurisprudence²³⁷ : deux perspectives essentielles alimentent les débats. Certains auteurs se fondent sur la notion d'entreprise pour appréhender celle d'intérêt social. Ils envisagent la société comme une technique d'organisation de l'entreprise, laquelle doit être gouvernée non seulement pour la réalisation des bénéfices à partager entre les associés mais encore pour des intérêts particuliers, tels que ceux des salariés, des clients, des fournisseurs, des banques, du fisc²³⁸. En ce sens *M. Despax* affirme²³⁹ : « l'intérêt social n'est que l'intérêt de l'entreprise qui transcende celui des actionnaires et qui constitue la limite des sacrifices des actionnaires ou des salariés, ou qui donne le fondement et l'étendue de l'intervention du juge dans l'appréciation des décisions financières » De même, *Paillusseau*²⁴⁰, favorable à cette idée, précise que l'intérêt social « ne serait rien d'autre que l'intérêt de l'entreprise qui tendrait à

²³⁴ Voir *M. Cozian et alter, op. cit., p. 181*.

²³⁵ Voir *J-P Bertrel, Liberté contractuelle et sociétés, RTD Com. 1996 p. 595*. « Les dirigeants ne sont pas les seuls à être soumis au respect de l'intérêt social. Les associés eux-mêmes, lorsqu'ils exercent leurs droits politiques, doivent s'y conformer puisque la notion d'abus de majorité et de minorité suppose une violation de l'intérêt général de la société »

²³⁶ Voir *S. Rousseau, L'intérêt social en droit des sociétés, Rev. soc. 2009, p. 735 et s.*

²³⁷ Le législateur français a fait mention de l'intérêt de la société à travers plusieurs articles. Ainsi dans les sociétés à risque illimité et les SARL, le Code de commerce prévoit que le gérant fait tous actes de gestion dans l'intérêt de la société. De même, dans les sociétés par actions et les SARL, il dispose que se rendent coupables de délit d'abus des biens ou de crédit de la société les dirigeants qui, dans leurs intérêts personnels, auront fait, de mauvaise foi, « des biens ou du crédit de la société un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci ». Il s'ajoute à ceci l'article 1833 du Code civil qui a établi en la matière une règle générale applicable pour toutes les sociétés. Aux termes de cet article « la société est constituée dans l'intérêt commun des associés ».

²³⁸ *D. Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, op. cit., p. 12*.

²³⁹ Voir *M. Despax, « L'entreprise et le droit », Paris, LGDJ, 1957, pp. 203 et ss.*

²⁴⁰ Voir *J. Paillusseau, Les fondements du droit moderne des sociétés, JCP E 1993, p. 159*.

assurer la prospérité et la continuité de celle-ci. Les dirigeants et les associés majoritaires devraient alors agir conformément à l'organisme économique qui représente l'entreprise²⁴¹ ». *P. Bezard*, Président honoraire de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, a encore déclaré sans ambages que « quant à la jurisprudence, elle est particulièrement claire sur le fait que l'intérêt social ne se ramène pas à l'intérêt des seuls actionnaires²⁴² ». Cet auteur insiste sur l'existence d'une jurisprudence « séduite » par l'idée d'entreprise²⁴³.

La Cour de cassation a eu maintes occasions de manifester sa conception en la matière. Ainsi, selon un arrêt rendu le 18 mars 2003, elle a reproché à la Cour d'appel de Paris d'avoir déduit l'absence d'atteinte à l'intérêt social de la conclusion d'une caution par l'accord unanime des associés²⁴⁴. Selon elle, cette unanimité n'est pas suffisante si elle ne permet pas de satisfaire l'intérêt de la société. Cet arrêt laisse entendre que la Cour de cassation distingue l'intérêt de la société de celui commun aux associés ; elle invoque ainsi (peut-être sans intention) la notion d'entreprise qui ne se cantonne pas aux seuls propriétaires, mais comprend aussi d'autres catégories telles que les salariés, les dirigeants, les fournisseurs, etc. Selon elle, cette unanimité n'est pas suffisante si elle ne permet pas de satisfaire l'intérêt de la société. Dans une autre affaire, la même Cour a sanctionné pour abus de pouvoir l'abstention des associés minoritaires dans le vote d'une décision servant l'intérêt général de la société. Elle précise que « toute société doit être constituée dans l'intérêt des associés ; qu'il y a abus de minorité ou d'égalité lorsque l'attitude des actionnaires minoritaires est contraire à l'intérêt général de la société en ce qu'il interdit la réalisation d'une opération essentielle pour celle-ci et dans l'unique dessein de favoriser un intérêt égoïste au détriment de celui des autres associés²⁴⁵ ». On remarque l'emploi du terme "intérêt général de la société" aux côtés de celui d'"intérêt des associés", ce qui témoigne que l'attitude d'un associé ne devrait pas passer outre l'intérêt de la société, de

²⁴¹Voir aussi *Ch. Chenut, Les garanties ascendantes dans les groupes de sociétés, ou les sûretés consenties par les sociétés-filiales à leurs sociétés-mères., revue des sociétés n°203 p. 71. Voir aussi C. Champaud, Les fondements sociaux de la doctrine de l'entreprise, Dalloz 2003, p.117. Il considère que l'intérêt social doit correspondre à l'intérêt de l'entreprise, entendue comme une réalité économique, humaine et financière organisée sous forme de société, ce qui conduit à y englober également d'autres intérêts que ceux des associés, en particulier ceux des salariés, voire ceux des créanciers, des fournisseurs et des clients.*

²⁴² *P. Bézard, Face-à-face entre la notion française d'intérêt social et le gouvernement d'entreprise, Petites Affiches 2004, n° 31, p. 45, spéc. p. 47.*

²⁴³ *J-J. Daigre, Bull. Joly Bourse 2000, p.117, sous CA Paris, 1^{ère} chambre, section H : « il est nécessaire de recourir à la notion d'intérêt social pour signifier que les dirigeants doivent respecter un intérêt supérieur, qui dépasse celui des seuls minoritaires ».*

²⁴⁴ Voir aussi *Cass. com. n° 00-20041, le 18 mars 2003.*

²⁴⁵ *V. Cass, 3^e ch. civ. n°09-10.209, 16 déc. 2009.*

même qu'elle ne peut viser un intérêt personnel en défaveur de l'intérêt commun des autres associés²⁴⁶. L'obligation de respecter l'intérêt général s'applique cependant à tout associé nonobstant l'ampleur de ses participations. Plus récemment²⁴⁷, la chambre commerciale de la Cour de cassation a affirmé, à propos d'un cautionnement hypothécaire donné par une société civile immobilière à une caisse régionale du Crédit Agricole, que cette garantie, même consentie à l'unanimité des associés, n'est valable que si elle est conforme à l'intérêt social.

Toutefois, la Cour de cassation a été critiquée par certains auteurs qui ont estimé que l'intérêt social ne devrait signifier que l'intérêt des associés, consistant en la création des richesses sociales et en l'optimisation de la valeur des titres²⁴⁸. D. Schmidt considère que la société ne serait pas constituée en vue de satisfaire un autre intérêt que celui des associés, qui ont seuls vocation à partager les bénéfices sociaux. Il a écrit en ce sens que « la société a pour objet la réalisation du plus important bénéfice social dans le seul intérêt des associés²⁴⁹ ». Dans ce sens aussi M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy considèrent que l'intérêt social se confond avec l'intérêt des associés visé à l'article 1833 du Code civil²⁵⁰. Ils affirment ainsi que « dans la mesure où tous les associés sont d'accord, ils sont libres de décider du sort de la société, dans le respect de l'ordre public et des engagements souscrits à l'égard des tiers²⁵¹ ».

B- Intérêt social et intérêt du groupe

²⁴⁶Voir aussi J-P. Bertrel, *op. cit.*, p. 609 : « on retrouve là la nécessité de trouver un juste milieu, un équilibre, un compromis entre l'individualisme libéral et la prise en compte de l'intérêt général ».

²⁴⁷Cass. com., 8 nov. 2011, n° 10-24.438 ; Dr. sociétés 2012, comm. n° 6, obs. H. Hovasse : *L'Essentiel du droit des contrats*, janv. 2012, comm. n° 1, obs. D. Gallois-Cochet.

²⁴⁸Voir dans cette même interprétation de l'intérêt social un autre arrêt de Paris rendu le 19 septembre 2001 (CA. Paris, 1^{re} ch. G, 19 sept. 2001 (n° 95-8845), *Marret c/ Société Champagne Giesler - confirmation partielle de Tribunal de commerce d'Epernay, 18 déc. 1990*). Dans cette affaire, la Cour d'appel a nié l'abus de majorité imputé par le juge du fond à une société-mère associée majoritaire de sa filiale. Il s'agit en l'espèce d'un apport partiel d'actif par la société-mère des titres de sa filiale dans une SCA, effectué sous le régime des scissions et fusions. L'actionnaire minoritaire qui demandait la nullité de la délibération de l'assemblée générale extraordinaire ayant autorisé cet apport devait, pour la Cour d'appel de Paris, être débouté de sa demande, n'ayant pas démontré que l'opération litigieuse était contraire à l'intérêt social, dans le dessein de favoriser des membres de la majorité. Une position par laquelle la Cour d'appel de Paris, en niant l'abus de majorité, semble reconnaître le droit des majoritaires à recourir à la filialisation, au détriment des minoritaires.

²⁴⁹Voir D. Schmidt, *De l'intérêt social*, RD banc. Fin. 1995, n°50, p. 130 ; voir aussi pour ce même auteur, *Les conflits d'intérêts dans les sociétés anonymes*, *op. cit.*, p. 13 « du point de vue de l'actionnaire, l'intérêt social se confond avec l'intérêt des actionnaires ».

²⁵⁰La Cour de cassation a infirmé un arrêt de la Cour d'appel de Besançon pour violation à l'article 1833 du Code civil. Celle-ci avait distingué entre l'intérêt commun des associés et l'intérêt social (Cass. com. n.99-11-999, 18 juin 2002 p.116) . Voir aussi Cass. com, n° 17-11. 739, 29 mai 1972, p. 160 : « lorsqu'il existe une divergence entre associés sur la définition de l'intérêt social, le juge ne peut que s'incliner devant ce qui est arrêté par le jeu normal par la loi de la majorité, en dehors de toute fraude. »

²⁵¹Voir la même référence, plus haut, p. 182.

115. La problématique de l'intérêt social apparaît avec plus d'évidence dans le cadre de groupes de sociétés, notamment avec l'émergence dans la jurisprudence du concept "d'intérêt de groupe" justifiant sous certaines conditions le délit d'abus de biens sociaux²⁵². La société mère jouit d'une certaine liberté pour utiliser la trésorerie d'une filiale afin de régler des dettes personnelles, ou relatives à d'autres sociétés liées à son groupe. Le délit d'abus de biens sociaux a été ainsi écarté, sous certaines réserves, en raison de l'existence de l'intérêt commun du groupe, différent de celui afférent à chaque société membre²⁵³. Cependant, malgré ses effets pénaux, l'intérêt commun du groupe ne peut pas empêcher la responsabilité civile de la société mère, issue du délit d'abus de biens sociaux. Bien que cette société soit encouragée par le droit pénal à exploiter ses filiales au service de son entreprise, elle n'est pas à l'abri des poursuites civiles de ses coassociés. Ce fait peut en l'occurrence conduire à l'existence d'un conflit d'intérêt entre cette société et les associés minoritaires dans les filiales. Ces derniers, qui n'ont pas d'intérêt effectif lié au groupe, se trouvent souvent victimes d'actes conclus par la société mère, ayant pour objet de servir un intérêt étranger au leur.

On s'aperçoit, dès lors, que la survenance du conflit d'intérêt au sein d'une société membre d'un groupe, semble plus probable que dans une société isolée, car il existe en la matière un double intérêt : intérêt commun de groupe et intérêt particulier à chacune des sociétés membres. L'intérêt de groupe conduit la société mère à dépasser les formes classiques de ses filiales au profit de son entreprise globale. Une telle tendance constitue en réalité un vrai souci pour les intérêts liés aux sociétés filiales, dont ceux des associés minoritaires.

²⁵² Voir *M. Pariente, op. cit., p. 806*. Il affirme que « *les éléments qui différencient le groupe d'autres structures sont le contrôle, l'unité de décision et l'intérêt commun du groupe qui transcendent celui de ses composantes* ».

²⁵³ Les conditions de l'écart de ce délit ont été affirmées par plusieurs arrêts de cassation et des juges du fond. Il s'agit de trois essentielles : en premier lieu il faut établir l'existence d'un groupe de sociétés réunies par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié par une politique élaborée pour l'ensemble du groupe ; en deuxième lieu, le concours financier apporté par la société ne doit pas rompre l'équilibre entre les sociétés concernées par l'opération en cause. En troisième lieu, ce concours ne doit pas dépasser les possibilités financières de la société débitrice. Ces conditions ont été avancées par la Cour de cassation pour la première fois dans son arrêt du 04 févr. 1985. Les dirigeants des groupes pourraient dorénavant être exonérés du délit d'abus de bien sociaux. La Cour déclara dans cette décision que « *pour échapper aux prévisions des articles 425-4° et 437-3° de la loi du 24 juillet 1966 (devenus l'article du Code de commerce), le concours financier apporté par les dirigeants de fait ou de droit d'une société à une autre entreprise d'un même groupe dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement, doit être dicté par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble de ce groupe et ne doit ni être démenti de contrepartie ou rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées, ni excéder les possibilités financières de celle qui en supporte la charge; que tel n'était pas le cas en l'espèce, les moyens réunis doivent être écartés* ». Voir plus en détail sur le délit d'abus de biens sociaux commis par les dirigeants des sociétés incluses dans un groupe, infra n° 514 et s.

116. En l'absence de règles spécifiques aux groupes, la protection des associés minoritaires des filiales soulève d'importantes difficultés lors d'un éventuel conflit d'intérêt entre eux et la société mère. On hésite en l'occurrence entre deux solutions : faire prévaloir l'intérêt social de la filiale et ainsi interdire à la société mère l'exercice de son droit de vote, ou favoriser l'intérêt du groupe. La difficulté est surmontée lorsqu'il existe des règles spécifiques, telles que celles des conventions réglementées ou des avantages particuliers, mais elle subsiste en dehors de ces deux cas.

C- La protection de l'intérêt de la filiale contre l'égoïsme de la société mère

117. Le dirigeant et l'associé ne peuvent être jugés fautifs et privés de leur droit de vote pour le seul motif qu'ils disposent d'un intérêt particulier dans la société. Les associés minoritaires ne peuvent pas empêcher leurs coassociés majoritaires de guider la société, sous le simple prétexte que ces derniers sont intéressés à la décision à voter. Même si cette règle contrevient au droit commun qui exige l'unanimité pour tout acte conclu, elle a été adoptée pour donner un gage d'efficacité à la société. En effet, les associés majoritaires, prenant à leur charge le risque le plus important, sont considérés comme les plus attachés à l'intérêt social. La loi de la majorité semble d'autant plus inévitable dans la direction sociale (conseil d'administration ou de surveillance, directoire), où les décisions se prennent à un rythme rapide et demandent une certaine simplicité.

Il faut dès lors distinguer l'intérêt égoïste de l'associé majoritaire de son intérêt social. Seul le premier présente un péril majeur pour les associés minoritaires et nécessite ainsi d'être prévenu. Il s'agit de l'intérêt personnel, orienté par des motifs contraires à l'intérêt social. Cette expression s'applique au vote dicté par la recherche d'un avantage personnel au préjudice des autres associés : avantage dans la société ou intérêt personnel hors de la société, contraire à l'intérêt social.

118. Toutefois, la question à laquelle nous devons répondre porte sur l'interdiction du vote animé de l'intérêt égoïste de la société mère associée ou dirigeante de sa filiale. Faut-il interdire à celle-ci un tel vote ?

La réponse de principe doit être affirmative. La société mère en qualité d'associé ou de dirigeant de sa filiale ne saurait faire de son droit de vote un usage contraire à son intérêt dans cette dernière ou contraire aux autres intérêts légitimes des autres associés en

vue de trouver une contrepartie personnelle. Comme l'indique *M. Jeantin*²⁵⁴ à juste titre, «l'actionnaire qui a un intérêt personnel à l'adoption d'une résolution doit être privé du droit de vote».

Le Code de commerce libyen va au terme de cette logique et prévoit l'interdiction pour l'associé ou le dirigeant de voter les décisions auxquelles ils ont un intérêt personnel contraire à leur intérêt social, énonçant en même temps la sanction que doit encourir un tel vote. Dans ce sens l'article 159 prévoit que « l'actionnaire ne peut voter aux décisions dont il dispose, personnellement ou à titre de mandataire, d'un intérêt direct ou indirect contraire à l'intérêt social. En cas de violation, la décision est annulable s'il a été établi que les associés interdits de vote avaient été à l'origine de son existence et qu'elle met en jeu l'intérêt de la société ». Le deuxième alinéa de cet article, s'appliquant aux dirigeants, interdit aux membres du conseil d'administration de voter aux décisions portant sur leur responsabilité. Cette dernière disposition a été réaffirmée d'une manière plus exhaustive par l'article 181 du même Code au sens duquel : si le président ou l'un des membres du conseil d'administration dispose, à titre personnel ou pour l'un de ses proches parents jusqu'au quatrième degré, ou encore pour une personne représentée par lui, d'un intérêt contraire à l'intérêt social, il doit en faire état au conseil d'administration et au comité de surveillance, et s'abstenir de participer aux délibérations y relatives.

119. D'après ces dispositions, il apparaît que l'opposition entre l'intérêt personnel et l'intérêt social de l'associé et du dirigeant est suffisamment traitée en droit libyen. Ces derniers sont obligés de s'abstenir de vote chaque fois qu'ils ont un intérêt personnel contraire à l'intérêt social. De plus, l'interdiction de vote déterminé par un intérêt indirect de ces personnes, peut constituer pour les associés minoritaires dans les groupes une "soupape de sûreté" importante. En effet, les sociétés filiales, contrôlées dans leurs assemblées générales et leur direction par la société mère, peuvent se voir obligées de prendre des décisions qui, bien que ne servant pas directement cette dernière, favorisent d'autres sociétés membres du groupe auxquelles elle est intéressée. Une société mère, actionnaire majoritaire de sa filiale, qui vote à l'assemblée générale de celle-ci un apport partiel d'actif à une autre filiale, peut être considérée comme indirectement intéressée à cette opération (par exemple elle a voté pour sauver sa filiale d'une liquidation judiciaire susceptible d'engager la société mère en comblement de passif).

²⁵⁴ *M. Jeantin, Droit des sociétés, 2^e éd., Montchrestien, Paris 1992, n°203, p.108.*

Toutefois, même s'ils sont pertinents pour résoudre l'antagonisme entre l'intérêt personnel du dirigeant ou de l'associé et l'intérêt social, ces articles ne semblent pas aussi satisfaisants que souhaitable car ils opèrent une distinction entre les personnes intéressées par la décision. Le vote ne peut être mis en question que lorsqu'il sert le dirigeant ou l'associé au détriment de l'intérêt social. Un vote orienté par l'intérêt d'un tiers n'a pas à être jugé fautif. Prenons à titre d'exemple, un groupe de sociétés structuré d'une manière pyramidale, et composé d'une société-mère, holding, filiale et sous-filiale. La société filiale, qui vote dans l'assemblée générale de cette dernière une décision d'absorption en faveur de la société mère, pourrait être dépourvue d'intérêt personnel, voire lésée, alors que la décision intéresse la société mère absorbante en défaveur de la sous-filiale absorbée.

En vérité, il conviendrait de modifier ces deux dispositions de sorte que l'interdiction de vote soit dirigée par le seul intérêt de la société, nonobstant la personne intéressée par l'acte à voter. On peut dans ce sens s'inspirer de l'article 2373 du Code civil italien qui va au terme de cette logique et édicte que « l'associé ne peut exercer son droit de vote pour les délibérations dans lesquelles il a, pour son propre compte ou pour le compte de tiers, un intérêt en conflit avec celui de la société ²⁵⁵ ».

120. S'agissant du droit français, la contradiction entre l'intérêt personnel et l'intérêt social ne semble pas proprement traitée²⁵⁶. Pour l'associé, le Code de commerce sanctionne le vote constitutif d'un abus de pouvoir ou de biens sociaux sans prévoir de mesures de prévention du conflit. Il laisse l'associé intéressé exercer son droit de vote, en intervenant postérieurement quand cet exercice sacrifie l'intérêt social au profit de l'intérêt personnel de l'intéressé. Comme *D. Schmidt* l'écrit : « celui qui poursuit un intérêt personnel contraire à son intérêt d'actionnaire peut participer au vote, voire imposer sa décision grâce au nombre de votes dont il dispose en assemblée, et sacrifier de la sorte non seulement ses intérêts dans la société mais aussi ceux de ses coactionnaires ». Cette lacune semble malheureusement irrémédiable pour l'associé. En effet, l'invitation à l'abstention – que prévoient le droit libyen et certains autres – paraît contrevenir à l'article 1844 du Code civil prescrivant que « tout associé a le droit de participer aux décisions collectives ». Nulle clause statutaire ou conventionnelle ne peut déroger à cette règle impérative, car comme l'interprète *P. Le Cannu*²⁵⁷, la privation d'un associé de son droit de vote peut être vue

²⁵⁵ Voir la traduction de ce texte, *D. Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, préc., n°143, p.150.*

²⁵⁶ Voir aussi, *P-F. Cuif, Le conflit d'intérêts, RTD Com. 2005 p1 ; D. Schmidt, ibidem, p.139 et s.*

²⁵⁷ *P. Le Cannu, L'article 1844 du Code civil et l'exclusion d'un associé de SAS., note sous cassation (com) 23*

comme une sanction qui porte atteinte au principe selon lequel un propriétaire ne peut être privé de sa propriété de manière abstraite et sans fondement légal ». D'ailleurs, la Cour de cassation interprétant ce texte n'autorise aucune stipulation contraire. Dans un arrêt rendu le 23 octobre 2007, elle a estimé que, sauf règle particulière, les statuts ne peuvent déroger à l'article 1844 aliéna 1^{er} du Code civil par l'interdiction à un associé de participer aux décisions collectives et de voter. Elle ajoute que « 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 participer à cette décision et de voter sur la proposition»²⁵⁸.

121. Toutefois, quand bien même est-il impossible de priver un associé de son droit de vote, il n'en demeure pas moins que les tribunaux peuvent contrôler et sanctionner après coup un vote préjudiciable à l'intérêt social et à celui des associés. Ce pouvoir judiciaire constitue un devoir qui astreint l'associé intéressé à révéler son intérêt personnel et à s'abstenir de vote et qui amène en conséquence à faire qu'il évite de se voir imputer le délit d'abus de pouvoir ou de biens sociaux.

Cependant, s'agissant du dirigeant, l'abstention au vote en cas de conflit d'intérêt, bien que ne relevant d'aucune disposition législative, peut être imposée par une clause statutaire ou par une convention extrastatutaire.

II- l'octroi personnel d'un avantage particulier

122. La société mère, associée majoritaire de sa filiale, peut tirer parti de sa position dominante pour avoir des avantages particuliers non partagés avec ses coassociés minoritaires. Ses participations majeures l'incitent souvent à profiter de certaines situations en excluant les autres associés de sa filiale : occupation des postes d'administration ou de gestion, souscription exclusive à une augmentation du capital, détention du droit de vote double, etc. En vue de prévenir un tel conflit d'intérêts, certaines dispositions législatives prévoient la possibilité de priver l'associé de son droit de vote, lorsque l'usage de ce droit induit son octroi d'un avantage indu au détriment de la société ou des autres associés.

Seront à cet égard évoquées : la notion, la procédure et les règles afférentes au régime des avantages particuliers.

oct. 2007. Rev. soc. 2007 p.814

²⁵⁸ Pour plus de détails voir infra n° 202 et s.

A- La notion d'avantage particulier

123. En l'absence de définition légale, la doctrine et la jurisprudence sont hésitantes. Selon *C. Bosvieux*²⁵⁹ « l'avantage particulier est tout droit et toute allocation ou rétribution ayant pour effet de rompre l'égalité entre les associés ». Selon *L. Lyon-Caen* et *L. Renault*²⁶⁰ tout ce qui rompt l'égalité entre les associés constitue un avantage particulier. D'après *Copper-Royer*²⁶¹, « il y aura avantage particulier chaque fois que la société attribuera à un associé, ou à certains associés, ou encore à certains futurs associés, un droit allant à l'encontre du principe d'égalité qui doit dominer les rapports de tous les actionnaires les uns avec les autres²⁶² ».

Ces analyses anciennes ont influencé nombre d'auteurs contemporains. Ainsi, selon *P. Hainaut-Hamende* et *G. Raucq*, l'avantage particulier est « tout avantage qui n'est pas accordé uniformément à tous les actionnaires (...). Un avantage suppose qu'il n'est accordé qu'à certaines personnes. Un avantage qui serait attribué à tout le monde cesserait d'être un avantage particulier²⁶³ ». Quant à *D. Schmidt*, « on peut considérer qu'il y a avantage particulier chaque fois qu'une personne retire de la société un droit ou un gain non partagé avec les associés ». *A. Charveriat* et *A. Couret* relèvent à bon escient que l'avantage particulier qui doit être conféré à la personne et non au titre, « doit s'entendre de toute faveur, de nature pécuniaire ou autre, attribuée à titre personnel à un associé qui crée un droit sur la société, distinct de ceux détenus par les autres associés²⁶⁴ ».

²⁵⁹ *C. Houpin et H. Bosvieux, Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations avec formules, 7e éd. Paris. 1935*

²⁶⁰ *Manuel de droit commercial, 15^{ème} éd., par Amiaud, Paris 1928, p.233.*

²⁶¹ *Le Traité des sociétés anonymes, 4^{ème} éd., Dalloz, Paris 1931, tome 1, p.476, n° 84.*

²⁶² Ces analyses anciennes ont influencé nombre d'auteurs contemporains. Ainsi selon *P. Hainaut-Hamende* et *G. Raucq* (*Les sociétés anonymes, constitution et fonctionnement, Larcier 2005 p.105*), l'avantage particulier est « tout avantage qui n'est pas accordé uniformément à tous les actionnaires (...) Un avantage suppose qu'il n'est accordé qu'à certaines personnes. Un avantage qui serait attribué à tout le monde cesserait d'être un avantage. » ; quant à *D. Schmidt* (*Le conflit d'intérêts dans la société anonyme, op. cit.*), « On peut considérer qu'il y a avantage particulier chaque fois qu'une personne retire de la société un droit ou un gain non partagé avec les associés » ; *A. Charveriat* et *A. Couret*, ont écrit que l'avantage particulier « doit s'entendre de toute faveur, de nature pécuniaire ou autre, attribué à titre personnel à un associé qui crée un droit sur la société, distinct de ceux détenus par les autres associés ».

²⁶³ *P. Hainaut-Hamende et G. Raucq, idem.*

²⁶⁴ *A. Charveriat et A. Couret, Sociétés commerciales, Mémento Pratique Francis Lefebvre, 2006, n°7205 p.428.* Voir aussi : *D. Randoux, La fusion absorption ne confère pas d'avantage particulier à la société absorbante, actionnaire majoritaire de la société absorbée, Rév soc 1994 p. 713* : Pour lui : « l'avantage devant s'entendre de toute faveur de nature pécuniaire ou autre attaché à titre personnel à un associé ou un tiers » ; *M. Cozian et alter, op. cit., p.240* : « l'avantage particulier est une faveur attribuée à une personne dénommée » selon ces auteurs « une semblable définition conjugue deux éléments : l'existence d'une faveur et la référence à une personne dénommée » .

Dans la jurisprudence, on peut invoquer un ancien arrêt de la Cour de cassation²⁶⁵ qui a défini l'avantage particulier comme « une disposition autorisant l'un des associés à opérer, sur le fonds commun ou ses produits, un prélèvement que les autres associés ne pourraient faire ».

À la lecture de ces définitions, le critère de l'avantage particulier réside essentiellement dans la rupture d'égalité entre les associés ayant la même position dans la société, laquelle résulte de tout octroi d'un gain non partagé par eux. Cet octroi pourrait être institué par les statuts de la société ou par un protocole d'accord,²⁶⁶ à titre gratuit ou à titre onéreux²⁶⁷. Mais il faut tenir compte que l'égalité en la matière est appréciée au sein d'une même catégorie d'associés et non pas en fonction de la qualité absolue d'associé. Il n'existe pas d'avantage particulier lorsqu'il n'y a pas rupture de cette égalité, telle qu'en cas de privilèges octroyés par la loi à une catégorie d'actions, sans considération de la personne du titulaire²⁶⁸. Il n'y a pas non plus avantage particulier lorsqu'il existe une contrepartie effective qui revient à la société, telle la rémunération d'une société-mère moyennant des services techniques ou administratifs apportés à sa filiale, ou le cas du remboursement de frais dépensés dans le cadre de la constitution de cette filiale²⁶⁹.

124. En outre, selon un arrêt de la Cour d'appel de Douai, l'avantage particulier n'existe pas en cas de fusion entre société mère et sa filiale absorbée si la société mère absorbante recueille la totalité du patrimoine actif et passif de la filiale, et que les actionnaires minoritaires de cette dernière reçoivent en contrepartie des actions de la société-mère dans des conditions équitables²⁷⁰. Ladite Cour, confirmant un jugement du Tribunal de Commerce de Roubaix²⁷¹, n'a pas admis que l'attribution du patrimoine social de l'absorbée au coactionnaire absorbant constitue pour ce dernier un avantage particulier. Le Tribunal s'est contenté d'affirmer que « l'attribution de l'intégralité du fonds social est réalisé au seul profit de la société PINAULT Printemps en tant que société absorbante et

²⁶⁵ Civ., 6 mars 1936 : DH 1935. 265 ; jour. soc. 1936. 614, note Cordonnier.

²⁶⁶ Voir : D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, op. cit., p. 99 : « toute faveur consentie à une actionnaire déterminée est susceptible de relever de la procédure légale de vérification ».

²⁶⁷ Le Code de commerce français n'a pas précisé que l'avantage particulier doit être octroyé à titre gratuit. Mais la doctrine prépondérante considère même les avantages à titre onéreux comme particuliers ; ainsi selon D. Schmidt, *idem* p.102 « il n'y pas à distinguer selon que l'avantage a été octroyé à titre gratuit ou à titre onéreux. ». Il existe néanmoins certains auteurs qui pensent que seuls les avantages sans contrepartie méritent d'être soumis à la procédure de vérification.

²⁶⁸ Voir J. El Ahdab, *La prise en charge financière par la société et la responsabilité de ses dirigeants : vers un modèle américain ?* Rév soc 2008 n° 74 p. 239.

²⁶⁹ Voir T. Tilquin et V. Simonart, *Traité des sociétés*, Kluwer 2005, n°2532 .p. 523.

²⁷⁰ Voir : CA. Douai (2^e Ch.), 7 juill. 1994.

²⁷¹ T. Roubaix, 6 mai 1994.

non en tant qu'actionnaire de la Redoute »²⁷².

B- Les règles régissant l'avantage particulier

125. Il existe dans le Code de commerce français plusieurs règles afférentes aux différentes formes sociales. Ainsi, lorsqu'il s'agit de la constitution d'une société anonyme, l'article L. 225-8 édicte qu'« en cas d'apport en nature comme au cas de stipulation d'avantages particuliers au profit de personnes associées ou non, un ou plusieurs commissaires aux comptes sont désignés par décision de justice (...), ils apprécient sous leur responsabilité la valeur des apports en nature et les avantages particuliers (...), l'assemblée générale constitutive statue sur l'évolution des apports en nature et l'octroi d'avantages particuliers » ; l'article 225-10 prescrit que « lorsque cette assemblée statue, les actions de l'apporteur ou du bénéficiaire ne sont pas prises en compte pour le calcul de la majorité » et que « l'apporteur ou le bénéficiaire n'a voix délibérative, ni pour lui-même ni comme mandataire ». Lorsque la société est constituée sans appel public à l'épargne, « le commissaire aux comptes apprécie les avantages particuliers ; dans tous les cas les statuts contiennent l'identité des bénéficiaires d'avantages particuliers et la nature de ceux-ci » (C. com. art. L. 225-14).

126. Lors d'une augmentation de capital, l'article L. 225-147, relatif à la même société, prévoit que les commissaires aux apports apprécient sous leur responsabilité les avantages particuliers et que les dispositions de l'article L. 225-10 sont applicables à l'assemblée générale extraordinaire qui approuve l'octroi des avantages particuliers. Ce dernier texte s'applique également en cas d'augmentation de capital par appel public à l'épargne réalisée moins de deux ans après la constitution de la société ; sans appel public à l'épargne lorsque des avantages particuliers sont stipulés (article L. 225-131, al. 2).

127. Lors d'un programme de rachat de ses actions par une société non cotée, l'article L. 225-209-2 du Code de commerce (issu de l'article 6 de la loi de finances n°2012-354 du 14 mars 2012) reconnaît à l'assemblée générale ordinaire d'une société non cotée, le pouvoir d'autoriser le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, à acheter un nombre d'actions représentant jusqu'à 10% du capital de la société, en vue de les revendre aux actionnaires ou les distribuer aux salariés. Le dernier alinéa de cet article

²⁷² Cet arrêt a été critiqué par D. Schmidt selon qui « en décidant d'appliquer le régime des fusions et non celui de la procédure des avantages particuliers, elles (les deux décisions) ont opéré un choix qui facilite la fusion entre les sociétés et leurs filiales. Mais ce choix s'opère au détriment de la protection des intérêts des actionnaires de la filiale absorbée ». Voir D. Schmidt, *ibidem*, p.107.

prévoit qu'en aucun cas, ces opérations ne peuvent porter atteinte à l'égalité entre les actionnaires (la société doit offrir la vente des titres achetés à tous ses actionnaires). D'autres règles identiques s'appliquent à d'autres opérations liées au capital et au rachat d'actions. Ainsi, lors d'une réduction de capital non motivée par des pertes (qui s'accompagne d'une distribution d'actifs entre les actionnaires et d'une annulation corrélative des actions de ces derniers), l'article L. 225-204 prévoit qu'en aucun cas cette opération « ne peut porter atteinte à l'égalité des actionnaires ». De même, l'article R. 225-153, pris pour l'application de l'article L. 225-207, dispose que lorsque l'assemblée générale a décidé une réduction de capital par rachat d'actions en vue de les annuler, une offre de rachat doit être faite à tous les actionnaires.

128. Lors d'une fusion, l'article L. 236-10-IV, concernant la SA énonce que les commissaires aux comptes apprécient sous leur responsabilité les avantages particuliers et établissent à cet effet le rapport prévu à l'article L. 225-147. Lors d'une transformation d'une société de quelque forme que ce soit en société par actions telle qu'une SA, SCA, ou SAS, l'article L. 224-3 charge les commissaires à la transformation d'apprécier les avantages particuliers²⁷³.

Ces mesures préventives présentent pour les associés minoritaires en général et ceux des sociétés filiales en particulier une garantie efficace. En effet, la société mère, associée majoritaire ou dirigeante de sa filiale, n'a pas vocation à s'octroyer des avantages particuliers non partagés avec les associés minoritaires de sa filiale. En cas de violation, ces derniers peuvent remettre en cause sa responsabilité civile ainsi que demander la nullité de son octroi de l'avantage.

129. D'ailleurs, depuis la réforme apportée par la loi du 24 juillet 1966 (actuel Code de commerce), la procédure des avantages particuliers a été étendue à la faveur octroyée à une personne non associée. Elle n'est plus regardée comme constituant uniquement des modes de garantie de la sauvegarde des intérêts des associés, mais également considérée comme destinée à assurer le respect des intérêts propres de la société²⁷⁴. En d'autres termes, et comme l'affirme *Percerou*, « il ne s'agit pas, pour cette procédure, seulement de

²⁷³ Ces dispositions sont applicables aux SAS en vertu de l'article 227-1 du Code de commerce qui renvoie d'une manière générale aux règles concernant les sociétés anonymes. Cet article prévoit que « dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières prévues par le présent chapitre, les règles concernant les sociétés anonymes, à l'exception des articles L. 224-2, L. 225-17 à L. 225-126, L. 225-243 et du I de l'article L. 233-8, sont applicables à la société par actions simplifiées »

²⁷⁴ R. *Percerou*, *La notion d'avantage particulier*, in *dix ans de conférence d'agrégation, Hommage à Hamel. J.*, Paris 1961, p. 173.

faire respecter le principe de l'égalité entre associés, mais également d'assurer la constitution réelle d'un patrimoine et plus précisément d'un capital social franc et quitte de toutes charges anormales pour la société, qui constitueraient au profit de telle ou telle personne un avantage particulier sans justification ».

De ce fait, comme la société mère peut contrôler une filiale sans avoir des participations majoritaires dans son capital²⁷⁵, la procédure de vérification lui sera imposée par ces règles. Elle offre ainsi une protection efficace pour les associés de cette filiale, de même que pour son patrimoine, susceptible d'être sacrifié en faveur d'une autre société membre du groupe.

C- La procédure d'avantage particulier

130. C'est aux commissaires aux apports, désignés par décision de justice, qu'il incombe de procéder à l'évaluation des avantages particuliers (C.com. art. L. 225-8). Ces commissaires doivent établir un rapport par lequel ils apprécient sous leur responsabilité les avantages particuliers octroyés à un associé ou dirigeant²⁷⁶. Le rapport doit être déposé au greffe avec le projet de statuts sociaux, ainsi que tenu à la disposition des souscripteurs ou associés. L'assemblée générale statue sur l'octroi de l'avantage particulier aux conditions de quorum et de majorité prévues pour les assemblées extraordinaires. Les bénéficiaires ne participent pas au vote, leurs actions ne sont pas prises en compte pour le calcul de la majorité. Ils n'ont pas voix délibérative ni pour eux-mêmes ni comme mandataires (art. L. 225-10). Il en est de même en cas d'émission d'actions de préférence au profit d'un ou plusieurs actionnaires nommément désignés (art. L. 228-15, al. 1²⁷⁷).

131. Lorsqu'il s'agit d'une société-mère intéressée par un avantage particulier, elle se

²⁷⁵ (cf) supra n°39 et s. Comme il l'a été souligné, la notion de contrôle n'est pas en lien exclusif avec la détention d'une fraction du capital. Elle peut être fondée sur la détention par la société contrôleuse d'une fraction des droits de vote (C. com., art. L. 233-3 al.2,3), ou sur son pouvoir de nommer la majorité des organes sociaux (C.com., art L. 233-16 al.2).

²⁷⁶ V. A. Charvériat et alter, *Sociétés commerciales, 2011, Mémento Pratique Francis Lefebvre, op. cit., n°48584, p.721.*

²⁷⁷ Aux termes de cet article : « *La création de ces actions donne lieu à l'application des articles L. 225-8, L. 225-14, 225-147 et 225-148, relatifs aux avantages particuliers lorsque les actions sont émises au profit d'un ou plusieurs associés nommément désignés. Dans ce cas, le commissaire aux apports prévu par ces articles est un commissaire aux comptes n'ayant pas réalisé depuis cinq ans et ne réalisant pas de mission au sein de la société. Les titulaires d'actions devant être converties en actions de préférence de la catégorie à créer ne peuvent, à peine de nullité de la délibération, prendre part au vote sur la création de cette catégorie et les actions qu'ils détiennent ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité, à moins que l'ensemble des actions ne fasse l'objet d'une conversion en actions de préférence. Par dérogation au premier alinéa, lorsque l'émission porte sur des actions de préférence relevant d'une catégorie déjà créée, l'évaluation des avantages particuliers qui en résultent est faite dans le rapport spécial mentionné à l'article L. 228-12* ».

soumet à la même procédure de vérification et à la même interdiction de vote. Ses coassociés minoritaires disposeront ainsi d'un fort pouvoir à l'assemblée générale de sa filiale. Ils sont à même de désapprouver l'octroi d'un avantage particulier dont ils ne profitent pas. Du reste, cette faculté pourrait en matière des groupes être jugée comme inadéquate, puisqu'elle aboutit à l'exclusion du vote de la société mère, associée majoritaire, et à faire ainsi prendre les décisions par les seuls minoritaires²⁷⁸. Elle devient encore plus paradoxale lorsque la participation des minoritaires est tellement faible que cette société détient la quasi-totalité du capital de sa filiale.

D- Les personnes soumises à la procédure de vérification

132. Le Code de commerce français détermine avec précision les personnes auxquelles s'applique l'interdiction d'exercer le droit de vote qu'établissent les règles précédentes. L'interdiction frappe à la fois la personne titulaire du droit de vote, celle intéressée directement par l'avantage particulier (le fondateur, l'associé, le dirigeant ou même les tiers), et la personne qui la représente. Cette interdiction de vote est nettement énoncée à l'article 225-10 précisant que l'intéressé « n'a voix délibérative ni pour lui-même ni comme mandataire ». Selon ce texte, l'interdiction ne frappe pas seulement la personne intéressée en tant que titulaire de l'avantage particulier, mais également mandataire de la personne titulaire de cet avantage, de sorte qu'elle ne peut représenter un autre actionnaire. Il s'agit d'éviter tout conflit d'intérêts en défaveur des associés minoritaires. En effet, et comme le souligne D. Schmidt, l'intéressé prend en l'occurrence « appui sur le lien qui l'unit à une autre personne pour lui donner des instructions de vote, l'intérêt de celle-ci, lié à son donneur d'ordre, entre en conflit avec celui d'autres actionnaires. En conséquence, la règle veut que la personne liée soit soumise à la même interdiction que l'intéressé ».

Néanmoins, cette démonstration n'évoque pas la situation la plus complexe, relative aux personnes liées à l'intéressé par des rapports autres que cette technique de représentation : c'est à dire par des liens résultant des contrats commerciaux ou financiers, des pactes entre actionnaires, des conventions de vote, des participations capitalistiques indirectes, ou plus généralement par tout rapport créant une dépendance ou une obligation entre l'intéressé et la personne liée. Ces cas s'avèrent d'ailleurs concrétisés et délicats à traiter dans les groupes de sociétés dont la structure se compose d'entités variées. Le vote peut procéder non directement de la société mère intéressée par l'avantage particulier, mais

²⁷⁸ Voir : P. Didier, *La nature juridique des obligations remboursables en actions et les droits des porteurs d'ORA*, note sous cassation (Cass. com., 13 juin 1995), *Rev soc* 1995 p.736.

également d'une filiale ou sous-filiale de cette société, ce qui invite à s'interroger si on peut voter ou non pour l'octroi de l'avantage par ces sociétés liées. Avant de répondre à cette question, prenons d'abord cet exemple : une filiale fait apport en nature à sa sœur, la société mère vote dans l'assemblée générale de cette dernière l'approbation de l'apport pour la première. De même, une filiale A. actionnaire égalitaire dans sa sœur B. vote pour l'augmentation du capital de cette dernière, réservée à la société mère C.

133. On constate dans de tels cas que la société intéressée par l'avantage particulier ne participe pas directement au vote relatif à l'octroi de cet avantage, mais par l'intermédiaire d'une société liée à son groupe, telle qu'une filiale ou une sous-filiale. Selon la logique, ces dernières ne peuvent exercer leur droit de vote²⁷⁹. La société intéressée par l'avantage particulier profite du contrôle qu'elle exerce sur la société votant cet avantage. Elle est susceptible de lui donner des instructions de vote. Même lorsqu'il s'agit d'une filiale intéressée par un avantage particulier dans sa sœur, le vote de la société mère pour l'accord de cet avantage ne peut être que qualifié de «vote intéressé» et ainsi interdit. L'interdiction d'exercer le droit de vote semble en l'occurrence nécessaire pour éviter tout conflit d'intérêts entre la personne pour laquelle on vote et la société et ses associés minoritaires. Comme la Cour d'appel de Versailles l'affirme²⁸⁰: « c'est la volonté de la société mère qui impose aux filiales des décisions contraires à leur intérêt social ».

134. Toutefois, la jurisprudence française ne semble pas être convaincue par ce raisonnement. Prenant appui sur l'autonomie des sociétés membres du groupe, la Cour de cassation²⁸¹ a refusé de sanctionner par la nullité le vote exercé par une filiale dans le seul but d'octroyer un avantage particulier à sa mère. Il s'agit pour cette décision d'une société financière qui détenait 11,37% directement et 10,23% indirectement, par l'intermédiaire de trois filiales, du capital d'une autre société ayant émis des obligations. La société financière ne doit pas voter dans la masse des obligataires de cette dernière, mais ces trois filiales, elles-mêmes obligataires, votent à l'assemblée de la masse convoquée pour approuver la modification de la date d'échéance et de la parité de remboursement des obligations. La Cour d'appel de Versailles²⁸², constatant que le vote des filiales sert à imposer la volonté des dirigeants de la société-mère, décide que « la règle de l'autonomie ne saurait s'opposer

²⁷⁹ Voir aussi *D. Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, op. cit., pp. 132 et ss.*

²⁸⁰ *CA Versailles, 17 nov. 1994. JCPE 1994, pan. 1327 ; RD bancaire et bourse 1994, n°39, p.24, obs. F. Peltier ; bull. Joly Bourse 1995, p.42, note T. Bonneau.*

²⁸¹ *Cass. Com., 13 juin 1995.*

²⁸² Voir l'arrêt précité au dessus.

à l'extension d'une interdiction de vote dès lors qu'il existe une absence évidente d'indépendance des organes de la filiale ». Elle sanctionne en conséquence le vote émis par les filiales. Selon elle, il suffit que la société obligataire détienne 10% du capital d'une autre société, à travers des filiales qu'elle contrôle, pour qu'elle soit soumise à la procédure relative aux avantages particuliers²⁸³. La Chambre commerciale de la Cour de cassation casse l'arrêt en déclarant que « l'interdiction faite à une société qui détient au moins 10% du capital de la société débitrice de voter à l'assemblée des obligataires ne peut résulter que de sa participation directe dans le capital de cette société ». La Cour de cassation a donc estimé que la décision de l'assemblée générale d'obligataires n'était pas abusive, en considérant que les associés minoritaires n'ont pas prouvé que la société mère avait imposé à ses filiales de voter contrairement à leur intérêt d'obligataires, ou que ces dernières avaient voté en considération d'un autre intérêt que le leur.

Dans cette affaire, la Cour de cassation ne s'est pas suffisamment approchée de la réalité du groupe où les rapports du contrôle entre mère et filiales peuvent se fonder sur d'autres liens que les simples participations au capital. Comme l'a fait entrevoir la Cour d'appel de Versailles, la direction des sous-filiales ne peut être considérée comme indépendante de la société mère sur le seul prétexte qu'il n'existe pas de telles participations, puisqu'elle est réellement entre les mains des dirigeants de cette dernière²⁸⁴.

Sous-section II : Les sanctions de l'abus de position dominante

135. Même si elle n'est pas obligée de s'abstenir du vote, la société mère, qui dispose d'un intérêt personnel contraire à son intérêt social dans la filiale, peut engager sa responsabilité. En fonction de l'exercice abusif de son contrôle, elle risque d'encourir, certaines sanctions prévues pour l'abus de vote, de pouvoir ou de contrôle. Elle n'a pas à se prévaloir de la notion d'intérêt de groupe pour se soustraire à la poursuite des associés minoritaires de sa filiale²⁸⁵.

²⁸³Voir : P. Didier, *La nature juridique des obligations remboursables en actions et les droits des porteurs d'ORA*, note sous cassation (Cass, com., 13 juin 1995), *Rev. Soc.* 1995 p.736 ; P. Le Cannu, *Obligations remboursables en actions, les enseignements de l'arrêt Métrologie International*, *Bull. Joly Bourse* 1995, p. 251 ; voir encore Schmidt (D), *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, *op. cit.*, n°132, p. 132.

²⁸⁴ Voir encore P. Didier qui considère la solution adoptée par la Cour de cassation comme stricte et non pleinement satisfaisante. Il convient selon lui que la société procède à des procédures de concertation préalables avec leurs minoritaires, par exemple, « qu'elles les invitent d'abord à voter entre eux, pour voir quelle majorité se dégage en leur sein, puis en cas de conflit potentiel, qu'elles sollicitent la nomination d'un mandataire qu'elles envisagent des solutions modulées selon les intéressés, et qu'en somme elles cherchent d'autres voies que l'affrontement suivi d'un procès plus ou moins long ». P. Didier, *op. cit.*, p.736.

²⁸⁵ Voir dans le même sens : Ch. Lhussier, *Le rôle de l'intérêt du groupe de sociétés dans le droit positif des groupes*, Thèse de doctorat : Droit privé : Lille 2 : 2007, n°122, p.118. Cependant sur le plan de la

Dès lors, il convient de définir la notion et les effets de l'abus de position dominante.

I- La notion d'abus de position dominante

L'abus de la position dominante que peut exercer la société mère sur sa filiale prend en pratique deux aspects : l'abus de vote et l'abus de pouvoir.

A- L'abus de vote

136. « Les associés doivent s'abstenir de tout acte et opération susceptible de nuire à la société ». Cette formule, habituellement utilisée par la juridiction²⁸⁶, traduit une obligation générale incombant à tout associé que ce soit majoritaire ou minoritaire.

En pratique, deux formes d'abus peuvent être imputées aux associés violant cette obligation, à savoir l'abus de majorité et l'abus de minorité.

1- La notion d'abus de majorité

137. Il y a « abus de majorité » lorsque la décision arrêtée par un ou des associés majoritaires au cours d'une assemblée générale a été prise contrairement à l'intérêt de la société, et dans l'unique dessein de favoriser la majorité au détriment des membres de la minorité²⁸⁷. C'est la manifestation d'un détournement de pouvoir imputable à un ou plusieurs associés majoritaires qui caractérise l'existence de cet abus. Selon la jurisprudence, cet abus est constitué lorsque la résolution d'une assemblée d'associés est prise contrairement à l'intérêt social et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment des minoritaires²⁸⁸.

responsabilité pénale, il existe depuis les années soixante, une jurisprudence qui tente de prendre en considération l'intérêt du groupe pour écarter le délit d'abus de biens sociaux des dirigeants de la société mère et ses filiales. Il s'agit d'autoriser certains actes passés par ceux-ci en défaveur de leur société lorsque ces actes sont, à la fois, indispensables pour l'intérêt commun des sociétés regroupées, et non dépourvus d'une contrepartie équitable pour la société sacrifiée.

²⁸⁶ Voir par exemple : *CA Caen, 11 avr. 1927, inédit.*

²⁸⁷ *Cass. civ., 18 avr. 1961, JCP 1961, II, 12164.* Pour plus de détails, voir : *G. Lhuillier et P. Dalion, (Droit des sociétés, Manuel & applications, 2e éd 2009, p. 87),* qui définissent l'abus comme « l'utilisation par les associés majoritaires d'une société, de leur droit de vote lors de l'assemblée générale dans le seul but de favoriser leurs intérêts propres d'associés majoritaires, au détriment de l'intérêt social » ; selon *P. Le Cannu, (Droit des sociétés, op. cit., n°156, p. 99),* il y a abus de majorité lorsque « les associés dominants font prévaloir leurs propres intérêts sur l'intérêt social » ; *M. Germain, L'abus de droit de majorité, Gaz. Pal. 1977, I, doct. p. 157 ; E. Lepoutre, Les sanctions des abus de minorité et de majorité dans les sociétés commerciales, Dr et pat., 1995, n°12, p.68 ; D. Schmidt, La loi de la majorité, RJ com., nov. 1991, p.58 ; D. Tricot, Abus de droit dans les sociétés, abus de majorité et abus de minorité, RTD com. 1994, p.617 ; A. Mairot, La société partie au procès civil, thèse en droit, présentée et soutenue à l'Université de Franche-Comté le 23 octobre 2010, n°484, p.320.*

²⁸⁸ Voir par exemple : *Cass. com., 8 juill. 1997 : Bull. Joly Sociétés 1997, p.980, § 352, note E. Lepoutre ; Cass. com., 16 juin 1998 : Bull. Joly Sociétés 1998, p.1083, § 331, note P. Le Cannu ; Rev. Soc. 1999, p.103, note K. Medjaoui ; Cass. com., 20 oct. 1998 : Bull. Joly. Sociétés 1999, p.66 § 13, note P. Le Cannu.*

Au sein des groupes de sociétés, l'abus de majorité représente le cas le plus fréquent en jurisprudence. Comme la société mère dispose souvent d'une fraction majoritaire du capital de sa filiale, elle détient les pouvoirs les plus étendus accordés aux assemblées générales de cette dernière. Comme l'exercice de ces pouvoirs est en rapport avec la stratégie commune du groupe, la société-mère peut se détacher de l'intérêt de sa filiale en suivant un intérêt autre lié à son groupe. Elle commettra ainsi un abus de vote.

Deux conditions doivent être réunies pour retenir l'abus de majorité :

- la décision doit avoir été prise en contradiction avec l'intérêt général de la société ;
- la décision ne doit avoir été prise que dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment des membres de la minorité.

La Cour de cassation, employant souvent le concept "d'intérêt général" en entendant celui « d'intérêt social », n'a pas établi une définition précise pour ce dernier. Nous avons constaté que ce terme ne peut signifier que « l'intérêt de l'entreprise », englobant tous les intérêts particuliers qui composent cette dernière. Il s'agit à la fois de l'intérêt des associés, nonobstant l'importance de leurs participations, de l'intérêt des salariés et de l'intérêt des créanciers de façon générale²⁸⁹.

138. Si nous laissons de côté ces deux dernières catégories qui seront étudiées plus tard²⁹⁰, la première représente les intérêts les plus essentiels et les plus visés par la protection légale. Chacun des associés dispose du droit de participer à l'enrichissement et à la direction sociale. En ce sens, la jurisprudence française est encline à qualifier d'abus de vote les décisions portant atteinte au droit de dividendes. Dans arrêt rendu le 1^{er} juillet 2003, la Cour de cassation²⁹¹ estime que la mise en réserve systématique des bénéfices

²⁸⁹Voir aussi : A. Médina, *Abus de bien sociaux – prévention, détection, poursuite*. Dalloz 2001, n° 2 p. 91. Il écrit que « nous pouvons tout d'abord noter que l'intérêt social devrait être l'intérêt commun des associés et de l'entreprise » ; J-P. Bertrel, *L'intérêt social, droit et patrimoine* 1997, p. 45 : L'auteur emploie dans le même sens la notion de personne morale pour conclure que les associés ne sont pas le seul élément constitutif de l'intérêt social. Selon lui « ce sont les associés qui ont créé la société, il est donc naturel de prendre en compte cette légitimité originale ; mais l'intérêt social est aussi celui de la personne morale elle-même distincte de celui des associés ». Cette idée admettant les deux notions "entreprise et personne morale", semble convaincante, car l'entreprise est une réalité économique qui n'est pas toujours liée à la personnalité morale. De même, à l'appui de cette notion (l'entreprise) on parvient à prendre en compte d'autres intérêts constitutifs de l'entreprise, tels ceux des créanciers, des fournisseurs et des salariés.

²⁹⁰Cf. infra pour la protection des salariés n° 267 et s, et pour la protection de tiers n° 445 et s.

²⁹¹ Cass. com., 1er juill. 2003, *Société Mécano soudure c/ Antoine Balice*, note B. Lecourt (*Annulation d'une décision sociale de mise en réserve des bénéfices pour abus de majorité*), rev. soc. 2004, p.337. Aux termes de cet arrêt : « L'affectation des dividendes aux réserves pendant sept ans, qui n'a aucune répercussion sur la politique d'investissement de l'entreprise, tandis que les associés majoritaires ont voté des résolutions

sociaux est non seulement inutile pour la société si son autofinancement est déjà assuré, mais en plus nuisible pour les associés minoritaires, qui ne perçoivent plus de dividendes, alors que les majoritaires peuvent parallèlement s'octroyer des salaires ou des primes. De même, dans une autre affaire plus ancienne²⁹² : l'assemblée générale d'une société ayant décidé d'établir à nouveau le rapport du bénéfice de l'exercice antérieur, un groupe d'actionnaires minoritaires à l'assemblée générale a demandé l'annulation de cette résolution. Ils étayaient leur demande par le fait que cette mise en réserve ne se justifie pas, parce qu'il existe des réserves antérieurement constituées et qu'aucune dépense exceptionnelle n'était nécessaire. Le Tribunal a rejeté cette demande, la Cour d'appel l'a accueillie. La Cour de cassation a annulé l'arrêt en relevant qu'il ne ressortait pas des motifs de la Cour d'appel que la décision ait été caractérisée par l'abus de droit, c'est à dire qu'elle ait été prise contrairement à l'intérêt général de la société et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment des membres de la minorité. La Cour de cassation a considéré que la mise en réserve n'était pas justifiée par l'intérêt social, et que les minoritaires étaient injustement privés du seul fruit qu'ils pouvaient retirer de leur participation à la société²⁹³.

139. On peut se demander si l'existence d'une convention de trésorerie intragroupe peut justifier la mise à disposition systématique auprès d'autres sociétés du groupe, de la trésorerie d'une filiale. Certes, les opérations de trésorerie traduisent pour les associés minoritaires d'une filiale une rupture d'égalité au profit de la société mère, leur coassociée majoritaire. Les prêts et les avances remontées auprès de cette dernière ou d'autres sociétés de son groupe auraient dû être directement utilisés pour contribuer à l'autofinancement de la filiale, ou distribués à l'ensemble des associés de cette dernière. Aussi, la société mère, agissant de telle manière, ne doit-elle pas pouvoir se prévaloir de la convention de trésorerie pour passer outre l'intérêt de sa filiale et contrevenir le principe d'égalité entre associés. A défaut, les associés minoritaires lésés sont recevables à agir contre elle sous le chef d'abus de majorité²⁹⁴.

De même, la convention de trésorerie peut, elle-même, procéder d'une décision prise

octroyant au gérant des primes importantes et approuvé des rémunérations versées à ce dernier, est constitutive d'un abus de majorité car elle est contraire à l'intérêt social »

²⁹² Cass. com. 18 avr. 1961.

²⁹³ Voir aussi : Cass. com., 21 avr. 1997, société contact sécurité, SARL, c. société Delattre-Levivier : Bull. civ. IV, n°26, p. 24; JCP éd. E, 1997, II, 965, Daigre (J-J); BJS 1997, p. 312, § 125, note Le Canu (P); Dr. & patrimoine. Avril 1997, p. 96, n° 1636, obs. C. Bertrel.

²⁹⁴ Voir dans le même sens, A. Bienvenue, *op. cit.*, n°412, p. 350.

par la société mère dans le seul dessein de remonter frauduleusement la trésorerie de ses filiales sur son compte. Une question se pose de savoir si cette décision peut donner lieu à un abus de majorité pour la société mère.

140. Pour alléguer qu'il existe un abus de majorité, il faut qu'il y ait bien atteinte à l'intérêt social desdites filiales mettant en jeu le principe d'égalité entre leurs associés. La société mère qui forme la convention de trésorerie, non pour maintenir l'équilibre et la complémentarité des activités entre ses filiales, mais pour favoriser des intérêts personnels égoïstes, ne peut échapper aux sanctions prévues pour l'abus de majorité. La jurisprudence française a admis sans difficulté que les associés minoritaires lésés étaient recevables à agir, de même que le mandataire social. Dans un arrêt rendu en janvier 1997, la Cour de cassation²⁹⁵ a déclaré en ce sens que « viole les articles 49, alinéa 5, et 50 de la loi du 24 juillet 1966 la cour d'appel qui déclare irrecevable l'action en annulation de conventions prévues à l'article 50 de cette loi conclues par une société, et formée par cette dernière pour abus de majorité, alors que son gérant avait vocation à agir au nom de cette société, sur le fondement des pouvoirs légaux qui lui sont conférés, pour faire constater par la juridiction compétente la nullité des conventions litigieuses et l'atteinte portée à l'intérêt social par les agissements de son ancien gérant et de son cocontractant, constitutifs d'abus de majorité ».

En résumé, l'abus de majorité, commis par une société mère, s'appuie sur la violation de l'intérêt social de la filiale, constitutive d'une rupture d'égalité en préjudice des associés minoritaires de cette dernière. Apprécié d'une manière objective, cet abus ne se limite pas à une catégorie particulière de résolutions. Ainsi, ont pu être qualifiées d'actes abusifs : la mise en location-gérance du fonds social²⁹⁶; la création d'une holding interposée pour détourner les bénéfices réalisés par une filiale²⁹⁷; la prise en charge de passif d'une filiale; et la rémunération excessive des dirigeants²⁹⁸.

2- Notion d'abus de minorité

141. L'abus de minorité se caractérise par l'opposition de l'associé minoritaire à la prise de décision, laquelle suscite un blocage portant atteinte à l'intérêt social²⁹⁹. Selon la Cour

²⁹⁵ Cass. com., 94-18.883 - 21 janv. 1997 – Bull. 1997 IV n° 26 p. 24.

²⁹⁶ Cass. com., 8 janv. 1973, Bull. civ. IV n°13 p. 10.

²⁹⁷ Cass com 24 janv. 1995, BJS avr. 1995, p. 321§ 101 ; Rev soc. 1995, p. 46, note Jeantin (M); JCP éd. E. 1995 pan. 913 ; Dr. Société 1995, n° 102, obs. Vialdal.

²⁹⁸ Voir en ce sens, P. Le Cannu, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 158, p. 101.

²⁹⁹ Voir aussi : D-L. Gaêtane, *L'abus de minorité et le jugement valant acte*. Rev. soc. 1993, p.827 « l'abus de minorité pourra être retenu par les juges lorsque les minoritaires, usant de leur faculté légale de blocage

de cassation, un minoritaire se rend coupable d'abus de vote si son attitude a été contraire à l'intérêt général de la société en ce qu'il aurait interdit la réalisation d'une opération essentielle pour celle-ci dans l'unique dessein de favoriser ses propres intérêts au détriment de l'ensemble des autres associés³⁰⁰. L'abus de minorité est en ce sens envisageable dans les filiales communes bi-personnelles ou, plus fréquemment, pluripersonnelles : une filiale composée d'une société contrôlée à 30% et de nombreux associés avec des participations très mineures. L'opposition ou l'abstention de la société contrôlée sur l'augmentation du capital de sa filiale peut constituer un comportement abusif si elle est de nature à compromettre le patrimoine de celle-ci.

Il faut tenir compte cependant du fait qu'une telle opposition ou abstention n'est pas en soi suffisante pour engager la responsabilité de la société dominante ; c'est un droit prévu pour tout associé³⁰¹. Seule l'inobservation de l'intérêt social de la filiale peut rendre ce comportement abusif³⁰². Ainsi, si cette dernière traverse une crise financière qui la menace de dissolution, l'opposition systématique non justifiée de la société contrôlée à l'augmentation de son capital sera abusive. À l'inverse, si la filiale est prospère et si l'augmentation de son capital ne répond qu'à des préoccupations d'ambition économique, l'opposition de la société contrôlée peut être justifiée par son désir de conserver son

contrarient ou paralysent la prise d'une décision conforme à l'intérêt de la société et dans l'unique dessein de favoriser un intérêt égoïste »

³⁰⁰ Voir Cass. 3^e ch civ. 16 déc. 2009 n°9-10.209 « l'attitude des associés auxquels il est imputé fait un obstacle à la réalisation d'une opération essentielle pour la société (...), et qu'elle interdit non seulement la réalisation de cette opération, mais également qu'elle est dictée par l'unique dessein de favoriser leur propre intérêt au détriment des autres associés » ; voir encore : Cass. com. 31 mars 2009. Dans cet arrêt la Cour affirme que « l'opposition d'un associé égalitaire au vote de l'augmentation de la rémunération du gérant ne dégénère en abus qu'autant qu'elle procède, d'une part, de l'unique dessein de favoriser ses propres intérêts au détriment de l'ensemble des associés, et, d'autre part, de la volonté d'empêcher la réalisation d'une opération essentielle à l'intérêt social ».

³⁰¹ Voir : C. Maleki, *Les dirigeants des filiales*, op. cit., n°36 p.453 : « on pourrait affirmer que les minorités représentent une catégorie particulière d'actionnaires en ce que leur faible nombre les rend le plus souvent combattif. Leur situation au sein d'une filiale pourrait justifier qu'ils disposent d'armes adéquates à faire valoir leur droit sans pour autant que leur combat ne soit sanctionné sous couvert d'abus de minorité » ; voir aussi : L-D. Gaëtane, *L'abus de minorité et le jugement valant acte*, op. cit., p.827 : « les associés minoritaires détiennent le pouvoir de s'opposer à la loi de la majorité, leur opposition n'était pas en soi abusive. Leur droit de vote ne saurait pas s'exercer discrétionnairement » ; Durand-Lépine (G), *L'abus de minorité et le jugement valant acte*, Rev. soc. 1993 p.887 : « Le droit de vote constitue une prérogative fondamentale des associés, qu'ils soient majoritaires ou minoritaires. Dès lors, ces derniers détiennent le pouvoir de s'opposer à la loi de la majorité, leur opposition n'étant pas en soi abusive ».

³⁰² A. Mairot signale dans sa thèse que, depuis un arrêt du 31 janv. 2006, la Cour de cassation ne se réfère plus à l'intérêt social pour reconnaître l'existence d'un abus de minorité : « Les Hauts magistrats jugent que la seule preuve de l'intention des minoritaires de favoriser leur propre intérêt au détriment de l'ensemble des associés est suffisant pour caractériser cet abus ». Il estime que cette position jurisprudentielle est contestable dans la mesure où « il ne peut y avoir un abus de minorité que s'il y a atteinte à l'intérêt social et si la preuve est faite de l'intention de nuire ou la volonté d'entraver le fonctionnement de la société de la part du minoritaire » (voir A. Mairot, *La société partie au procès civil*, thèse précitée, n°488, p.321). Ce point de vue pose la question de la différence entre l'intérêt social et l'intérêt des associés. Nous avons constaté que la doctrine prépondérante explique l'intérêt social par celui des associés, cf. supra n° 113.

poids politique au sein de sa filiale, et ainsi éviter l'effet de dilution de ses pouvoirs³⁰³.

B- L'abus dans la direction

142. L'abus dans la direction se définit comme l'attitude par laquelle le dirigeant a, de mauvaise foi, fait des pouvoirs qu'il possédait un usage qu'il savait contraire aux intérêts de la société à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement³⁰⁴. Ce genre d'abus peut déboucher sur une autre forme dite « abus de biens sociaux » si le détournement de pouvoir a pour objet de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'il sait contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il est intéressé directement ou indirectement (C. com. art. L. 242-6, 3°).

Il n'est pas exclu qu'à la société mère soit imputée l'un ou l'autre, voire les deux formes d'abus. En effet, il est courant dans le cadre de groupes que la direction des sociétés filiales soit exercée directement par leur mère³⁰⁵. Comme nous l'avons constaté, les Codes de commerce français et libyen n'interdisent pas, dans la plupart des sociétés, aux personnes morales d'exercer la direction sociale, conférant aux sociétés mères une large faculté. Même dans le cas où la loi réserve la direction ou la gestion sociale aux personnes physiques, la société mère peut se voir imputée la qualité de dirigeant de fait si elle fait preuve de son immixtion dans la direction ou la gestion des filiales. La chambre commerciale de la Cour de cassation, le 2 novembre 2005, a approuvé une Cour d'appel qui a retenu une personne morale comme dirigeant de fait au regard de la situation de dépendance dans laquelle elle avait mis les filiales du groupe. La même chambre a considéré dans une autre décision rendue le 6 février 2001 qu'étaient des dirigeants de fait des actionnaires « qui ne s'étaient pas bornés à un simple rôle d'investisseurs ou à trouver des solutions de restructuration financière, mais dépassant une intervention à titre de conseil, avaient exercé un véritable pouvoir de direction en plaçant le conseil

³⁰³ Voir *M. Cozian et alter, op. cit., n°388, p.191.*

³⁰⁴ Cf. art. L. 241-3-5°, L. 242-30, al. 1er du *C. com.* et L. 231-11-4° du *Code monétaire et financier.*

³⁰⁵ Les deux Codes de commerce français et libyen n'exigent pas que le dirigeant non représentant d'une société soit une personne physique. Cependant pour la SA du type dualiste et la SARL, la règle est différente dans le droit français, car les dirigeants et les gérants doivent être des personnes physiques.

d'administration dans une situation de dépendance, en soumettant des décisions de cet organe aux résultats de leurs recherches et leurs avis³⁰⁶».

Dès lors, favorisant son intérêt personnel au détriment de celui de sa filiale, la société mère dirigeante de fait de celle-ci doit s'exposer aux mêmes règles de la responsabilité civile et pénale applicables aux dirigeants de droit³⁰⁷. Elle risque en l'état de tomber sous l'empire de plusieurs textes prohibitifs qui engagent sa responsabilité, non seulement envers sa filiale, mais aussi envers les associés minoritaires de celle-ci. Il s'agit des textes relatifs au délit d'abus de biens sociaux, d'abus de crédit et d'abus de pouvoir (C. com. art. L. 242-6, 3° et 4° relatif à la SA³⁰⁸, L. 243-1 relatif à la SCA, L.244-1 relatif à la SAS, et L.241-3 relatif à la SARL), qui peuvent être la base d'une action civile intentée à son encontre par les minoritaires devant la juridiction pénale. En effet, la jurisprudence admet, en la matière, la constitution de partie civile des associés victimes des abus de pouvoirs ou de biens sociaux réalisés par les dirigeants de la société. Selon un arrêt de la Cour de cassation³⁰⁹ rendu le 9 septembre 2009, « les associés d'une société victime d'abus de biens sociaux peuvent agir à titre personnel en réparation d'un préjudice propre, distinct du préjudice social, dès lors qu'il découle directement de l'infraction et répond aux conditions de l'article 2 du code de procédure pénale »³¹⁰. Mais il faut se rendre compte que cette action n'est recevable que si les associés agissent à titre personnel pour démontrer l'existence d'un préjudice propre, distinct du préjudice social, découlant directement de l'infraction³¹¹. S'ils réclament cependant la réparation d'un préjudice social, ils doivent se diriger vers la juridiction civile.

³⁰⁶ Voir pour plus de détails au sujet du dirigeant de fait, infra n°585.

³⁰⁷ Cf. Nze Ndong Dit Mbele (J-R), *La direction de fait en droit privé français, thèse en droit, Université Nancy 2, 2009* : « Il faut rappeler que la violation de l'intérêt social par les dirigeants sociaux, de droit ou de fait, est souvent incriminée et sanctionnée par les juges sous le délit d'abus de pouvoir ou de biens sociaux. »

³⁰⁸ Article L. 242-6 « est puni d'un emprisonnement de cinq an et d'une amende de 375000 euros le fait pour : (...); 3° Le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme de faire, de faire de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement; 4° le président, les administrateurs, ou les directeurs généraux d'une société anonyme de faire, de mauvaise foi, des pouvoirs qu'ils possèdent ou des voix dont ils disposent, en cette qualité, un usage qu'ils savent contraire aux intérêts de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise à laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement ».

³⁰⁹ Cass. crim. 08-86.677 - 09 sept. 2009.

³¹⁰ Voir aussi : Cass. crim. 24 avr. 1971, JCP 1971, II, n° 16890, Rev. Soc. 1971, p. 608, note BOULOC ; Cass. crim. 9 nov. 1992, Rev. Soc. 1993, p. 433, note BOULOC ; Cass. crim. 73-93.484 - 07 janv. 1975 - Bulletin Criminel Cour de Cassation Chambre criminelle n° 2 p. 5.

³¹¹ Voir en ce sens : Cass. crim. 01-80.895 - 12 sept. 2001 : « les associés d'une société victime d'un abus de biens sociaux exerçant non l'action sociale mais agissant à titre personnel, sont irrecevables à se constituer parties civiles, sauf à démontrer l'existence d'un préjudice propre, distinct du préjudice social, découlant directement de l'infraction ».

II- Les effets de l'abus de position dominante

143. Il s'agit pour ces effets des sanctions qui peuvent s'appliquer à la personne responsable. Certaines de ces sanctions relèvent de l'abus de pouvoir commis par les dirigeants, d'autres consistent en l'abus de vote exercé par les associés. L'ensemble porte essentiellement sur :

- l'annulation de la décision ;
- la condamnation au versement d'une indemnité ;
- la nomination d'un administrateur provisoire ou d'un mandataire *ad hoc* ;
- la dissolution de la filiale ;
- la reconnaissance d'un droit de retrait pour les associés minoritaires.

A- L'annulation de la décision

144. Le première sanction à laquelle on doit penser en cas d'abus de vote ou dans la direction est bien évidemment l'annulation de l'acte abusif. Les associés auxquels cet acte porte atteinte peuvent demander au tribunal son annulation³¹². Cette démarche n'est cependant envisageable que lorsqu'il s'agit d'une résolution de l'assemblée générale ou d'une décision du ou des dirigeant(s), prise d'une manière abusive. Lorsqu'on est cependant en présence d'un abus de minorité, il n'y a pas lieu d'invoquer cette sanction, mais plutôt la responsabilité délictuelle.

Autant le fondement textuel de cette sanction est bien encadré en droit libyen, autant il prête à discussion en droit français (a). Sa portée appelle également la détermination (b).

a- Le fondement textuel

145. Il n'existe en droit français aucune disposition législative prévoyant l'annulation d'un acte entaché d'un abus de vote ou de pouvoir, qu'il s'agisse de l'article L. 235-1 du Code de commerce³¹³ ou de l'article 1844-10 du Code civil³¹⁴. Or la nullité d'un acte

³¹² J-P. Sortais, *Abus de droit (majorité, minorité, égalité)*, *Rép. Dr. soc.*, mars 2003 (dernière mise à jour : janv. 2012), n°23.

³¹³ Aux termes de cet article « la nullité d'une société ou d'un acte modifiant les statuts ne peut résulter que d'une disposition expresse du présent livre ou des lois qui régissent la nullité des contrats. En ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions, la nullité de la société ne peut résulter ni d'un vice de consentement ni de l'incapacité, à moins que celle-ci n'atteigne tous les associés fondateurs. La nullité de la société ne peut non plus résulter des clauses prohibées par l'article 1844-1 du code civil. La nullité d'actes ou délibérations autres que ceux prévus à l'alinéa précédent ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent livre ou des lois qui régissent les contrats »

³¹⁴ Selon cet article « La nullité de la société ne peut résulter que de la violation des dispositions des articles 1832, 1832-1, alinéa 1^{er}, et 1833, ou de l'une des causes de nullité des contrats en général. Toute

modifiant les statuts suppose l'existence d'un texte qui la prévoit expressément dans les sociétés commerciales, celle d'un autre acte suppose simplement la violation d'une disposition impérative du droit des contrats ou du livre II du Code de commerce (C. com. L. 235-1)³¹⁵. Le Code civil s'inspire du système des nullités frappant les sociétés commerciales sans faire de distinction entre les actes modifiant les statuts et les autres³¹⁶.

Aussi, faute de texte particulier, se pose la question de la possibilité de sanctionner par la nullité l'acte abusif³¹⁷. Une partie considérable des décisions jurisprudentielles se fonde sur l'abus de droit constitutif d'une faute : la majorité abuse de son droit de vote en l'utilisant à des fins personnelles contraires à l'intérêt social. La Cour de cassation dans de nombreux arrêts s'appuie sur l'article 1382 du Code civil pour dégager la responsabilité des associés qui ont abusé de leur droit de vote au motif que cet abus affecte par lui-même la régularité des délibérations³¹⁸.

Cependant, comme *D. Schmidt* l'a observé, la difficulté réside en l'occurrence dans le fait que cet article ne régit pas la nullité de l'acte conclu, mais traite des effets préjudiciables qui en découlent. Pour surmonter cette difficulté, certains auteurs³¹⁹ estiment à juste titre que l'annulation de l'acte en cause constitue une réparation en nature ce qui explique le recours à l'article 1382 du Code civil. Selon *M. Cozian* et ses coauteurs, l'action en responsabilité de l'associé fautif et l'action en nullité de l'acte reposent sur des fondements différents : « l'action en responsabilité est fondée sur l'article 1382 du Code civil (il faut donc que le demandeur apporte la preuve d'un préjudice) et soumise à la procédure décennale, l'action en annulation de la délibération abusive est fondée sur

clause statutaire contraire à une disposition impérative du présent titre dont la violation n'est pas sanctionnée par la nullité de la société, est réputée non écrite. La nullité des actes ou délibérations des organes de la société ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent titre ou de l'une des causes de nullité des contrats en général ».

³¹⁵ Voir à titre d'exemple certaines applications judiciaires de cet article : *Cass. com. 18 mai 2010* : « il résulte de l'article L. 235-1, alinéa 2, du code de commerce que la nullité des actes ou délibérations pris par les organes d'une société commerciale ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du livre II du même code ou des lois qui régissent les contrats » ; *Cass. com. 13 juill. 2010* : « la nullité des actes ou délibérations des organes d'une société ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du droit des sociétés ou des lois qui régissent les contrats » ; *Cass. Com., 30 mai 2012, SARL First Racing* : « il résulte de l'article L. 235-1 du code de commerce que la nullité d'un acte modifiant les statuts d'une société commerciale ne peut résulter que d'une disposition expresse du livre deuxième du code de commerce ou des lois qui régissent la nullité des contrats »

³¹⁶ Voir aussi *J-P. Legros, La nullité des décisions de sociétés, Rev. soc. 1991, n° 42 p.275*

³¹⁷ *Idem p.275* : « même lorsque les délibérations sont régulières en la forme et ont été prises par les organes compétents, il arrive qu'elles soient frappées d'inefficacité, ce qui est le cas de la fraude et de l'abus »

³¹⁸ *Cass. com., 6 juin 1990, D. 1992, p.56, note J-Y. Choley-Combe ; Rev. soc. 1990, p.607, note Y. Chartier*

³¹⁹ Voir : *P. Le Cannu, Bull. Joly 1995, p. 309 ; J-L Rives-Lange, L'abus du droit de majorité, Rev. jur. Com. n° spec., nov. 1991 p.72.*

l'article 1844-10 du Code civil³²⁰ ».

Selon d'autres auteurs, l'annulation de l'acte abusif peut comporter deux inconvénients. D'une part, un inconvénient tient au fait qu'en annulant une décision, on risque de provoquer des nullités en cascade³²¹. Par exemple, si des nominations d'administrateurs sont entachées d'abus et, à ce titre, nulles, il conviendra d'annuler les décisions prises par le conseil d'administration irrégulièrement composé. D'autre part, si l'acte abusif a pour origine un contrat passé avec un tiers, l'annulation risque de devenir inadaptée. En effet, et comme l'a souligné J-P. Sortais, « sous réserve du cas de fraude, le tiers ayant été de connivence avec les dirigeants ou les associés majoritaires – il n'y a aucune raison de faire supporter au tiers les conséquences d'une situation qui relève des rapports internes à la société ».

Au demeurant, la règle en droit libyen semble plus claire et protectrice contre l'abus de vote. En effet, bien que l'article 160 du Code de commerce³²² s'avère identique à l'article 235-1° du Code de commerce français, un article 159-1° ne correspond en réalité à aucune disposition française. Interdisant à l'actionnaire de voter les décisions dont il est intéressé directement ou indirectement d'une manière contraire à l'intérêt social, cet article prévoit la nullité de ces décisions³²³.

b- La portée de l'annulation

146. La nullité ne frappe pas seulement la décision dictée par un intérêt égoïste, mais encore les délibérations qui la suivent : les délibérations affectant abusivement une mise en réserve de la totalité des bénéfices³²⁴, les délibérations autorisant un apport partiel d'actif

³²⁰ L'article 1844-10 prévoit que « *La nullité de la société ne peut résulter que de la violation des dispositions des articles 1832, 1832-1, alinéa 1^{er}, et 1833, ou de l'une des causes de nullité des contrats en général. Toute clause statutaire contraire à une disposition impérative du présent titre dont la violation n'est pas sanctionnée par la nullité de la société, est réputée non écrite. La nullité des actes ou délibérations des organes de la société ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent titre ou de l'une des causes de nullité des contrats en général* »

³²¹ J-P. Sortais, *op. cit.*, n°24 ; Cass. com. 21 juill. 1974, D. 1976.207, note G. Gourlay, spéc. 3^e moyen.

³²² Aux termes de cet article : « *les décisions que prend l'assemblée générale conformément à la loi et aux statuts astreignent tous les actionnaires présents, absents ou opposants. Le conseil d'administration, le comité de surveillance et les associés absents ou opposants disposent néanmoins du droit de faire grief sur les décisions qui résultent d'une violation à la loi ou aux statuts. Les effets de l'annulation de la décision en cause sont opposables à tous les actionnaires. Le conseil d'administration doit prendre toutes les mesures nécessaires à la mise en œuvre de l'annulation, mais de façon à ne pas affecter les droits acquis par les tiers de bonne foi* ».

³²³ Selon cet article « *l'actionnaire est interdit de participer aux décisions dont il dispose directement ou indirectement d'un intérêt personnel, ou afférent à une autre personne qu'il représente, contraire à l'intérêt social. En cas de violation, les décisions prises sont annulables si les votes interdits ont été à leur origine et qu'elles sont de nature à mettre en péril la société* ».

³²⁴ Cass. civ., 13 avr. 1983, Bull. Joly 1983.p.512

soumis au régime de scission, ou une opération de sous-filialisation³²⁵. Dans de tels cas, l'annulation des délibérations emporte par voie de conséquence l'annulation des actes accomplis en exécution de ces délibérations : l'affectation aux réserves, l'apport des actifs³²⁶, la sous-filialisation.

Selon une certaine doctrine et une certaine jurisprudence, le juge du fond qui procède à l'annulation de la décision abusive de la majorité dispose d'un large pouvoir pour imposer des mesures complémentaires afin de s'attaquer aux effets issus de cette décision. Dans un arrêt ancien³²⁷, la Cour de cassation rejeta le pourvoi formé contre l'arrêt de Douai³²⁸ qui annula la délibération de l'assemblée générale approuvant un contrat de location-gérance et annula le contrat lui-même ainsi que la vente du stock au gérant. Aux termes de cette décision : « la Cour d'appel a usé de son pouvoir en jugeant frauduleux les actes litigieux, et a pu décider que les opérations précitées, contraires à l'intérêt social et destinées à satisfaire l'intérêt personnel de certains associés, constituaient un abus de pouvoir ».

147. En revanche, dans certaines affaires, les juges ne se contentent pas de l'annulation de la décision dictée par un conflit d'intérêt mais imposent aussi certaines mesures aux associés. Ainsi, en matière de mise en réserve dépourvue d'utilité sociale, on peut trouver des ordres à distributions³²⁹. En cas d'abus de minorité, certains jugements et arrêts imposent la résolution qui n'a pas été adoptée faute de réunir la majorité qualifiée³³⁰. Il ne s'agit pas d'un jugement d'annulation puisqu'aucune délibération ne peut être prise, mais d'une imposition de faire³³¹. Le juge se substitue aux associés minoritaires en prononçant la sanction du jugement qui vaut acte social.

Néanmoins, la Cour de cassation a renoncé à cette jurisprudence (très critiquée par la

³²⁵ Cass. com. 24 janv. 1995, *Quot. Jur.*, 24 févr. 1995, p.4.

³²⁶ Voir D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, op. cit., n° 357, p.351.

³²⁷ Cass. com. 8 janv. n°71-12.142, 1973.

³²⁸ CA. Douai, 23 févr. 1971.

³²⁹ CA Paris, 3^e ch. B, 26 mars 1986, *RJ. com.* 1986, note Daigre (J-J); CA Aix-en-Provence 29 juin 1995, arrêt n°91/10997. Il est classique de dire en la matière que « la mise en réserve systématique ne peut caractériser que de façon exceptionnelle l'existence d'un abus de majorité » (Y. Reinhard, *RTD com.*, 1988, p. 72) car, comme Y. Chartier. L'écrit, « c'est une règle de bon sens car il est du devoir du gestionnaire de prévoir l'avenir aux jours fastes succédant souvent des périodes de turbulence ». Voir 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, *Rev. soc.* 1990, p.606 ; voir aussi dans le même sens : M. Cozian et alter, op. cit., n°392, p.193 et s.

³³⁰ D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, op. cit., n°358, p.352.

³³¹ G. Durand-Lépine, op. cit., p.877.

doctrine³³²) depuis son arrêt du 9 mars 1993 qui déclare, en application des articles 57 et 60 de la loi du 24 juillet 1966 (devenus L.223-27 et L.223-30 du Code de commerce), que « pour sanctionner l'abus de minorité retenu, la Cour d'appel a décidé que son arrêt valait adoption de la résolution tendant à l'augmentation du capital demandée, laquelle n'avait pas été votée faute de majorité qualifiée; attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'elle ne pouvait se substituer aux organes sociaux légalement compétents, la Cour d'appel a violé les textes susvisés³³³».

B- La condamnation au versement d'une indemnité

148. Lorsqu'il s'agit de l'abus dans la direction, les Codes de commerce français et libyen établissent dans certains cas la responsabilité civile des dirigeants à l'égard de la société et de ses associés. Ces dispositions peuvent s'appliquer en faveur des filiales et leurs associés minoritaires lorsque la société mère y exerce la fonction d'administrateur ou de gérant. Ainsi, selon l'article L. 225-251 du Code de commerce français, la responsabilité des dirigeants de la SA est engagée face à la société en cas de violation des dispositions législatives ou réglementaires, des statuts ou en cas de fautes commises dans leur fonction. Aux termes de l'article L. 225-252 du même Code « outre l'action en réparation du préjudice subi personnellement, les actionnaires peuvent soit individuellement, soit par une association répondant aux conditions fixées à l'article 225-120, soit en se groupant dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat intenter l'action sociale en responsabilité contre les administrateurs ou le directeur général ».

De son côté, le droit libyen régit la responsabilité des dirigeants à l'égard des associés à travers plusieurs dispositions. Ainsi, l'article 186 du Code de commerce, relatif à la SA, prévoit que « l'associé peut poursuivre les membres du conseil d'administration pour des préjudices qu'il subit du fait de leur faute ou fraude³³⁴ ». De même, au sens de l'article 206 du même Code, relatif à la même société : « les associés disposant au moins de 10 % du

³³² Selon *D. Schmidt*, ce traitement du conflit d'intérêts n'est pas admissible car, d'une part, « *le juge ne vote pas, il ne participe pas à la délibération des actionnaires* » ; il ne peut donc imposer sa volonté à la société. D'autre part, « *le pouvoir du juge d'apprécier l'intérêt social s'inscrit dans un cadre bien défini : sanctionner l'abus dans la gestion. Il ne s'étend pas à la gestion de la société (Schmidt, Le conflit d'intérêts dans la société anonyme, op. cit.)* ».

³³³ Voir aussi : *Cass. 31 mars 2009, n°08-11.860*. Dans cette affaire la Cour déclare : « *Alors qu'en toute hypothèse, s'il peut annuler une délibération soumise à son contrôle, le juge ne peut en revanche substituer sa décision à celle qui ne peut être prise que par les organes représentatifs de la société ; qu'en fixant la rémunération du gérant de la SARL ALEXANDRE selon les modalités prévues par une résolution rejetée par la collectivité des associés, après l'avoire de surcroît amendée, la Cour d'appel a violé les articles L. 223-27, L. 223-28 et L. 223-29 du Code de commerce* ».

³³⁴ Cet article est applicable à la SCA (C. com. art. 263 et 264), la SARL (C. com. art. 287), et la société coopérative (C. com. art. 335).

capital social peuvent assigner les dirigeants s'ils constatent le non-respect par ces derniers de l'intérêt social. Si le tribunal le constate également, il peut prendre toute mesure conservatoire qu'il juge nécessaire, convoquant à la fois l'assemblée générale pour statuer sur le sort des dirigeants ». De surcroît, selon l'article 510-3 du Code civil, applicable à toutes les sociétés civiles et commerciales sauf dérogation particulière : « s'appuyant sur un juste motif, tout associé, que soit l'ampleur de ses apports sociaux, a le droit de demander au tribunal la révocation des dirigeants ». Dans ces cas de figure, la faute ou la fraude imputée aux dirigeants peut consister en leur abus dans la direction sociale ou en leur abus de crédit ou de biens sociaux.

Cependant, concernant l'abus de majorité et de minorité, il n'existe dans les Codes de commerce français et libyen aucune règle particulière pour la responsabilité civile des associés fautifs³³⁵. Doivent à cet égard être appliquées les règles du droit commun afférentes à la responsabilité délictuelle³³⁶. Il incombe aux associés minoritaires de la filiale, prétendant subir un abus de vote issu de la société mère, leur coassocié majoritaire, d'établir l'existence des trois éléments essentiels : une faute consistant en l'abus de vote, un dommage et un lien de causalité³³⁷. Ces conditions sont exigées quel que soit l'abus reproché à la société mère ou contrôleuse, abus de majorité ou de minorité³³⁸ ; c'est la position dominante qui importe le plus³³⁹. Il est possible de rechercher la responsabilité d'une société contrôleuse sous le chef d'abus de vote, alors même qu'elle ne dispose pas

³³⁵ L'article 149-1° du Code de commerce libyen énonçant la nullité des actes pris par l'assemblée générale, dictés par un conflit d'intérêts ne se prononce pas sur la responsabilité civile qui en découle.

³³⁶ Ces règles sont prévues en droit français à l'article 1382 et suivants du Code civil et en droit libyen à l'article 5 et 166 et suivants du même Code civil. La disposition que prévoit l'article 5 du Code civil libyen revêt en la matière une importance singulière, car elle relève de la responsabilité issue de l'abus du droit. Intitulé de 'l'usage illicite du droit', cet article prévoit que « *l'usage est illicite dans les cas suivants :*

A- lorsqu'il n'a pour dessein que de porter atteinte aux tiers ;

B- si les intérêts que le titulaire cherche sont de valeur modeste au point qu'ils ne correspondent nullement avec les dommages qu'en subit le tiers ;

C- si les intérêts que le titulaire veut réaliser sont illicites ».

Cet article ne prévoit d'ailleurs pas de règles particulières pour la responsabilité civile découlant de cette sorte de faute. La question reste ainsi régie par l'article 166 du Code civil identique en droit français à l'article 1382. L'importance de cette disposition réside néanmoins dans la présomption de faute qu'elle établit à l'encontre de la personne abusive de son droit.

³³⁷ Dans ce sens la Cour d'appel de Versailles (20 juin 2006. Bull. Joly 2006. 1424, note P. Le Cannu ; Rev. soc. 2007, note I. Urbain-Parleani, op. cit., p 187) affirme qu'« *il importe de rechercher pour qualifier l'abus de majorité si les trois critères en sont réunis, à savoir la violation de l'intérêt social, le dessein de favoriser les membres de la majorité et le préjudice causé à la minorité. L'actionnaire agissant sur le fondement de l'article 1382, il lui appartient de rapporter la preuve de l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre les deux ».*

³³⁸ Dans un arrêt rendu le 3 avr. 1990 (R.J.C. 5/90 éd. F.Lefebvre n°354), la Cour de cassation a admis qu'une société mère peut commettre une faute si elle « abuse de sa position » à l'égard de sa filiale.

³³⁹ Voir en ce sens aussi : C. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés, thèse en droit, Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., 1991, n°156, p.127.*

d'une participation majoritaire dans la société contrôlée. Le préjudice que subissent ses coassociés ne résulte pas d'une décision prise contrairement à l'intérêt de cette dernière, mais d'une opposition abusive à une décision servant cet intérêt. En effet, les participations dont dispose la société contrôleuse au capital de celle contrôlée peuvent être minoritaires, mais susceptibles de lui conférer une influence notable sur la gestion et la politique financière de cette dernière (minorité de blocage).

Toutefois, la responsabilité qui résulte de l'abus de vote soulève dans le cadre de groupes une question importante relative au débiteur et au créancier de l'indemnité.

1- Le débiteur de l'indemnité

149. Lorsqu'il s'agit d'un abus de majorité, la doctrine et la jurisprudence admettent que la responsabilité découlant de cet abus ne peut être recherchée qu'à l'égard des associés abusant de leur droit³⁴⁰. La Cour d'appel de Versailles³⁴¹, statuant sur une décision de mise en réserve prise par l'assemblée générale de la société Albert Ménès, a déclaré que «l'absence de distribution de dividende en conséquence de l'affectation du bénéfice aux autres réserves résulte de l'adoption de la résolution suscitée qui ne peut être reprochée comme abusive qu'aux actionnaires qui l'ont votée, et non à la société elle-même³⁴²».

Cette jurisprudence représente une opportunité significative en matière de groupes, où la société mère dispose souvent de la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de sa filiale (C. com. art. L. 233-3). L'abus de vote exercé par cette société ne peut à cet égard être imputé à la filiale, mais uniquement à elle-même. Il en va également ainsi lorsque cette société agit en concert avec d'autres associés³⁴³ en vue de mettre en œuvre une politique commune vis-à-vis de sa filiale. Cette hypothèse est en fait envisageable lorsque la société mère partage le capital de sa filiale avec d'autres filiales ou avec ses dirigeants. En l'occurrence, l'action de concert est présumée au visa de l'article L. 233-10 al. 2 et 3 du Code de commerce.

150. De plus, la société-mère pourrait exercer un contrôle abusif sans détenir une majorité des droits de vote, ou agir de concert avec d'autres associés de sa filiale. En effet,

³⁴⁰ Voir : M-P. Lamour, *La responsabilité personnelle des associés*, Rec. Dalloz. n°2 2003, n°8 p.51.

³⁴¹ C.A. Versailles, 25 févr. 2010. n°8/08044.

³⁴² Voir aussi : Cass. com. 6 juin 1991. n° 88-19.420 88-19.783. Dans cette affaire, la Cour a approuvé les juges du fond d'avoir «décidé à bon droit que seuls les associés majoritaires qui avaient commis cet abus devaient en répondre (...) et qu'en conséquence l'action dirigée contre la société Huner n'était pas recevable».

³⁴³ Voir l'action de concert (C.com. fr. art. L.233-10).

les titres de la filiale sont parfois dispersés entre de nombreux associés, dont beaucoup ne s'intéressent guère à l'emploi de leurs droits de vote, mais plutôt à l'octroi de leurs dividendes annuels. Un tel absentéisme conduit la société mère à imposer sa volonté aux assemblées générales de sa filiale alors qu'elle ne détient réellement qu'une fraction mineure de son capital. Cette situation est du reste aisément concevable lorsque le quorum exigé pour la prise de résolution n'est pas atteint pour la première convocation. À cette occasion aucun quorum n'est exigé pour l'assemblée générale ordinaire, et uniquement un cinquième des actions donnant droit de vote pour l'assemblée générale extraordinaire (C. com. Art. L. 225-96 et L. 225-98³⁴⁴).

151. Néanmoins, il appartient aux associés invoquant l'existence d'un abus de vote d'en rapporter la preuve. Ce n'est pas à la société mère soupçonnée d'abus qu'il incombe de justifier son vote, mais au demandeur qui doit corroborer sa prétention³⁴⁵. Autrement dit, le seul exercice du pouvoir de contrôle ne suffit pas à saisir la responsabilité de cette société sous le chef d'abus de vote, mais il faut que ses coassociés minoritaires parviennent à établir son comportement abusif.

2- Les bénéficiaires de l'indemnité

152. Le bénéficiaire de l'indemnité est la victime de l'abus de vote. Celui-ci ne paraît pas difficile à définir dans une filiale : il se détermine en fonction de la personne affectée par le préjudice. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'un préjudice social, c'est à la société filiale ou à tout associé qu'appartient l'exercice de l'action en responsabilité. Cependant, lorsqu'il s'agit d'un préjudice qui atteint l'associé personnellement et directement, l'action ne sera ouverte qu'en faveur de cet associé. Parfois le dommage frappe à la fois la filiale et le ou les associés, ainsi la décision par laquelle la société mère impose une forte diminution du loyer dû par une filiale locataire. En l'occurrence il y aura deux actions : une action sociale dont l'exercice appartient à la société par son représentant³⁴⁶, et une action personnelle intentée

³⁴⁴ Le premier texte correspond à l'article 165 du Code de commerce libyen, mais le deuxième est quelque peu nuancé, car l'article 168 de ce Code a défini le quorum de la deuxième convocation de l'assemblée générale extraordinaire au tiers du capital social présent.

³⁴⁵ Voir : *Cass. com. 31 mars 2009, n°08-11.860* : « il appartient à celui qui invoque l'existence d'un abus d'égalité d'en rapporter la preuve ; qu'en affirmant qu'il appartenait à Monsieur Jean-François X... de donner les raisons justifiant son refus et que les motifs qu'il invoquait pour justifier son vote n'auraient pas été sérieux, la Cour d'appel a inversé la charge de la preuve et a violé l'article 1315 du Code civil » ; *Cass. com. 8 sept. 2009, n°08-17.374* : « qu'il appartient au demandeur de rapporter la preuve du caractère abusif de la décision ».

³⁴⁶ Cette action n'est d'ailleurs pas prévue en droit français ou libyen par des textes particuliers, mais comme l'abus de majorité est caractérisé par une atteinte à l'intérêt social, il appartient au dirigeant, chargé de représenter la société, d'intenter l'action en responsabilité contre les majoritaires. Voir en ce sens : *M-P.*

par l'associé victime. L'enjeu dans le premier cas est d'obliger l'associé abusant de son droit de vote à réparer le dommage causé à la société. Mais aboutir à cet objet nécessite logiquement, comme M-P. Lamour le suggère, que le dirigeant intentant l'action en responsabilité ne soit pas issu du groupe de la majorité qui a adopté la résolution dénoncée. Il n'est pas exclu en effet que le dirigeant d'une SARL ou d'une SNC soit associé majoritaire dans cette société. Dans ce cas « il est fort improbable que le dirigeant social se décide à exercer au nom de la société une action sociale contre les associés majoritaires dont il fait lui-même partie ³⁴⁷ ». Cette situation s'avère claire s'agissant de la société mère qui exerce à la fois la qualité d'associé majoritaire et celle de dirigeant dans sa filiale. Elle soulève une grande difficulté puisqu'il n'existe pas de texte particulier, et que la mission de la représentation sociale revient légalement au dirigeant représentant, en l'état le majoritaire abusif. Deux solutions semblent à envisager : ou bien on reconnaît à tout associé le droit d'intenter l'action sociale contre son coassocié abusif, ou bien on recourt au tribunal pour désigner un dirigeant provisoire chargé d'agir en justice contre l'associé majoritaire abusif.

C- La nomination d'un mandataire de justice

153. L'annulation de la délibération et la condamnation de la société mère à réparer le dommage causé à sa filiale ne mettent pas nécessairement fin au conflit d'intérêts au sein de cette dernière. D'abord, il n'est pas certain que la société mère adoptera, à la suite de l'annulation, une nouvelle résolution dictée par le seul intérêt de sa filiale. Ensuite, il n'est pas exclu que cette société occupe à la fois dans sa filiale la position d'associé majoritaire et celle de représentant social, ce qui empêchera cette dernière d'intenter son action sociale. Dans ces deux cas, le recours à un mandataire de justice résout le conflit d'intérêts en faveur de l'intérêt social de la filiale. Mais on peut se demander en l'espèce si ce type de sanctions est concevable en même temps pour les assemblées générales et le conseil d'administration.

Lamour, op. cit., n°9 p.54 ; Cozian et alter, préc. op. cit., n°386, p.190. Il écrit que « l'abus de majorité porte en effet préjudice non seulement aux minoritaires mais encore à la société. Il n'est donc pas illogique que la société puisse agir pour faire sanctionner un acte contraire à l'intérêt social » ; M-P. Lamour, idem, p. 50 : « la responsabilité des associés a d'ailleurs déjà été retenue à l'égard de la société en cas d'abus de fonctions... » ; Cass. com. 6 mai 1991, Rev. soc. 1991, p. 760, obs. Guyon ; D. 1991, RJ. Com. p. 609, note Viandier, et 1992, Somm. p. 347, obs. Serra. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a sanctionné la Cour d'appel de Versailles qui avait refusé de condamner l'associé d'une SARL au paiement du dommages-et-intérêts pour un acte anti-concurrentiel envers la société « sans répondre aux conclusions qui soutenaient qu'en sa seule qualité d'associé, l'intéressé avait l'obligation de s'abstenir de tout acte de concurrence à l'égard de la société ».

³⁴⁷ M-P Lamour, *ibidem*, p.54.

La réponse ne soulève pas de difficulté en droit français où la jurisprudence reconnaît au juge du fond le pouvoir de désigner un administrateur provisoire au conseil d'administration, ou un mandataire *ad hoc* à l'assemblée générale. Mais il en va autrement en droit libyen, qui ne traite que le problème lié au conseil d'administration.

Il est utile à cet égard d'aborder deux points successifs : l'administration provisoire et le mandataire *ad hoc*.

1- L'administrateur provisoire

154. C'est une mesure grave et exceptionnelle que prévoit le Code de commerce libyen³⁴⁸ et qu'applique constamment la jurisprudence française bien qu'elle ne soit pas prévue ou organisée par la loi³⁴⁹. Il s'agit d'une pure construction prétorienne, témoignage du pouvoir légitime du juge, de s'immiscer dans la gestion de la société lorsque la survie de celle-ci est en question³⁵⁰. Cette mesure constitue une véritable sanction vis-à-vis des dirigeants qui voient peser sur eux la terrible menace d'être destitués de leur fonction et dessaisis. C'est pourquoi elle suppose une crise grave caractérisée par l'absence d'un fonctionnement normal de la société, menaçant celle-ci d'un péril imminent³⁵¹. Cette situation survient dans une filiale lorsque les organes de direction sont atteints de paralysie pour cause de mésintelligence, ou lorsque la représentation de cette filiale est occupée par sa mère, associée majoritaire abusant de son droit de vote. Dans ce contexte, tout associé détient le droit de demander au Tribunal la nomination de cet organe chargé d'intenter une action sociale contre la société mère. On peut invoquer à titre d'illustration une décision

³⁴⁸ Selon l'article 207 de ce Code « *Le Tribunal compétent peut, en cas d'un péril grave, révoquer le conseil d'administration et le comité de surveillance et désigner un mandataire judiciaire en définissant ses pouvoirs et la durée de ses fonctions. Le mandataire judiciaire a le droit d'assigner les membres du conseil d'administration et/ou du comité de surveillance. Il doit avant de finir sa mission convoquer l'assemblée générale pour se réunir sous son contrôle pour nommer un nouveau conseil et/ou comité, ou en vue de statuer sur sa suggestion de mettre la société en liquidation s'il estime inévitable.* »

³⁴⁹ Voir : M. Cozian et alter, *op. cit.*, n°398, p. 196 ; J. Cavallini, *Le juge de référé et les mandataires de justice dans les sociétés in bonis*, *Rev. soc.*, 1998, p.247.

³⁵⁰ G. Bolard, *Administrateur provisoire et mandat ad hoc.*, *JCP E1995*, I, 509 ; B. Lecourt, *Administrateur provisoire*, *Rép. Dr. soc. oct. 2010 (dernière mise à jour : juin 2012)*, n°38 : « *On notera que les minoritaires demandent souvent la nomination d'un administrateur provisoire lorsqu'ils sont en désaccord avec la politique suivie par les dirigeants majoritaires. Ils pourraient certes invoquer l'abus de majorité, et cela semble plus logique, mais le droit de désigner un administrateur provisoire, dans cette hypothèse, est désormais consacré par les tribunaux.* »

³⁵¹ M. Cozian et alter, *op. cit.*, n°399, p.197. Dans ce sens la Cour de cassation a récemment déclaré que « *la désignation d'un administrateur provisoire est une mesure exceptionnelle qui suppose de rapporter la preuve des circonstances rendant impossible les fonctionnements réguliers de la société et menaçant celle-ci d'un péril imminent compromettant les intérêts sociaux.* » (*Cass. com. 18 mai 2010, n°09-14.838*). Voir aussi : *Cass. com. 10 nov. 2009 n°08-19.356* ; *CA. Paris, 1^e ch., sect. B. 1e juin 2007. note sous Paris, L. Godon, Rev. soc. 2008 p.96*. Dans ce sens cette dernière déclare que « *l'administrateur provisoire ne se justifie que si le fonctionnement normal d'une société ne peut être assuré par ses organes statutaires ou si les intérêts sociaux sont mis en péril par une gestion défailante.* »

ancienne célèbre, issue de la Cour d'appel de Paris le 22 mai 1965 (l'arrêt Freuhauf). Dans cette affaire, les administrateurs géraient une filiale française (Freuhauf France) d'une société mère américaine (Freuhauf) ; cette dernière leur avait demandé de résilier un contrat de sous-traitance dont le bénéficiaire était la République Populaire de Chine, « les administrateurs suivant purement et simplement la politique décidée par la société mère. Cette politique, si elle servait les intérêts de la société mère, était contraire, en revanche, à ceux de la filiale. C'est dans ce contexte que les minoritaires ont pu obtenir la désignation d'un administrateur provisoire chargé de gérer la société pour un temps déterminé³⁵² ».

155. Par ailleurs, la question de l'application de cette mesure dans le cadre du groupe a été soulevée en jurisprudence, s'agissant des personnes qui ne sont pas associées dans la filiale, mais y sont intéressées d'une manière indirecte. C'est ainsi le cas pour un actionnaire de la société-mère ou d'une filiale qui demande la désignation de l'administrateur provisoire pour une autre filiale ou pour l'ensemble du groupe. C'est encore le cas pour la société-mère qui demande cette mesure pour une sous-filiale.

Ces questions ne semblent pas avoir reçu une réponse unique en jurisprudence. Dans un arrêt rendu le 5 février 1985³⁵³, la chambre commerciale de la Cour de cassation a admis la désignation d'un administrateur provisoire pour l'ensemble des sociétés affiliées d'un groupe. Il s'agit en l'espèce d'un groupe de sociétés dans lequel le président de la société-mère était l'animateur de l'ensemble des sociétés membres de sorte que sa condamnation pour abus de biens sociaux avait eu pour conséquence la carence des organes sociaux dans chacune des sociétés. Un actionnaire minoritaire de la société-mère avait alors demandé la désignation d'un administrateur provisoire exerçant ses fonctions dans l'ensemble du groupe. La Cour d'appel de Paris a admis le bien-fondé de l'action dans un arrêt rendu le 9 juillet 1982. Les demandeurs du pourvoi invoquèrent l'irrecevabilité de la demande concernant les filiales et les sous-filiales. Mais la chambre commerciale de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi en considérant que la Cour d'appel avait pu décider que la demande était recevable et bien fondée pour désigner un administrateur provisoire au sein de la société-mère et faire étendre sa mission aux autres sociétés du groupe. Il ressort donc de cette décision que l'actionnaire minoritaire d'une holding peut demander la

³⁵² B. Lecourt, *Administrateur provisoire*, op. cit., n°38 ; voir aussi JCP 1965. II. 14274 bis, concl. av. gén. Nepveu ; D. 1968. 147, note R. Contin ; RTD com. 1965. 631, obs. R. Rodière ; *Grands arrêts du droit des affaires*, 1995, Dalloz, n° 44, p. 487. - R. Contin, *L'arrêt Freuhauf et l'évolution du droit des sociétés*, D. 1968. Chron. 45.

³⁵³ Cass. com., 5 févr. 1985, arrêt SOGAR, Bull., civ. IV, n°44, p.37 ; JCP éd. G 1985, II, 14534, note A. Viandier.

nomination d'un administrateur provisoire pour assurer la gestion de l'ensemble des sociétés membres du groupe.

Cependant, plus récemment la Cour d'appel de Paris³⁵⁴ a considéré qu'une société-mère n'avait pas qualité pour solliciter la désignation d'un administrateur provisoire pour le compte d'une sous-filiale, car elle n'en était pas personnellement l'associée, mais de la société qui la contrôle. Ce sont les liens directs entre le demandeur et la société qui justifient, selon cette décision, la mesure de désignation.

En comparant ces deux arrêts, on peut constater que la Cour de cassation avait de bonnes raisons de ne pas exiger que le demandeur de l'administrateur provisoire soit un associé. En effet, cette condition ne semble pas conforme à la notion d'intérêt de groupe qui permet le maintien de l'équilibre des sociétés membres du groupe et leurs associés. Les participations indirectes que la Cour d'appel de Paris estimait insuffisantes pour la recevabilité de cette demande ne sont *in concreto* que des investissements effectifs de la société mère dans la sous-filiale réalisés par le truchement des personnes interposées. Un conflit d'intérêt frappant une sous-filiale n'est, à cet égard, pas seulement préjudiciable aux associés de celle-ci, mais également aux autres sociétés et associés liés au groupe. Dès lors, doivent être prises en compte l'unité et l'entité économiques et financières du groupe en vue de reconnaître le droit de demander cette mesure à tout associé que ce soit direct ou indirect.

2- Le mandataire *ad hoc*

156. La nomination d'un mandataire judiciaire au sein de l'assemblée générale vise tantôt à pallier le vide créé par l'annulation de la résolution des majoritaires, tantôt à combattre l'abstention ou l'opposition des minoritaires à une décision nécessaire à l'intérêt social³⁵⁵. Il en est ainsi que dans les deux cas le tribunal dispose du pouvoir de nommer un mandataire *ad hoc* avec pour mission de traiter le post-conflit. Ce mandataire ne doit pas être confondu avec l'administrateur provisoire, qui se substitue partiellement ou complètement aux dirigeants en fonction³⁵⁶.

³⁵⁴ CA. Paris, 11 mars 1992.

³⁵⁵ Voir en ce sens, CA Aix-en-Provence, ch. 08 A - 11/08431 - 26 janv. 2012 : « la résistance abusive d'un associé minoritaire animé de l'intention de nuire ne peut être surmontée que par la désignation d'un mandataire *ad hoc* chargé d'exercer le droit de vote à sa place dans l'intérêt de la société »

³⁵⁶ Voir I. Urbain-Parleani, (Société civile, administrateur provisoire – pouvoir – révocation du gérant, (non) dissolution de la société, *Rev., soc.* 2009, p.669), qui écrit en ce sens, reprochant à la Cour d'appel de Pau (2^e ch. 1, 4 déc. 2008) sa confusion entre les deux terminologies : « Il convient d'observer que si la Cour d'appel utilise la terminologie d'administrateur provisoire, l'un des éléments caractérisant par nature

On peut se demander le cas échéant si ce traitement du conflit d'intérêt consiste à confier au mandataire *ad hoc* un pouvoir de voter au nom des associés majoritaires ou minoritaires. La Cour de cassation répond dans l'affirmative pour le cas d'abstention ou opposition abusive des minoritaires. Elle énonce dans un arrêt³⁵⁷ du 9 mars 1993 qu' «il est possible de désigner un mandataire aux fins de représenter les associés minoritaires défaillants à une nouvelle assemblée et de voter en leur nom dans le sens des décisions conformes à l'intérêt social mais ne portant pas atteinte à l'intérêt légitime des minoritaires»³⁵⁸. Le juge est donc à même de dessaisir les associés minoritaires de leur droit de vote et de modifier le rapport de force dans la société. Cette jurisprudence audacieuse constitue dans le cadre des groupes de sociétés une garantie importante pour contrer l'abus de vote d'une société contrôlée disposant d'une minorité de blocage. Il est en effet envisageable que cette société s'abstienne ou s'oppose à une décision intéressant la société contrôlée afin de favoriser l'intérêt d'une troisième dans laquelle elle dispose d'une participation majoritaire. Dans un tel cas, la juridiction ne se contente pas d'obliger la société abusant de son droit de vote au règlement d'une indemnité, mais elle procède en plus à lui substituer un mandataire *ad hoc* ayant pour mission de voter en ses lieu et place.

157. Cependant, lorsqu'il s'agit d'un abus de majorité, la doctrine n'accepte pas que le mandataire judiciaire, qui ne connaît pas la société dans laquelle il vient d'être nommé, puisse se substituer à la majorité pour prendre la décision que celle-ci n'a pas voulue. Comme D. Tricot l'a fait observer, le mandataire a une double mission : « d'une part, faire obstruction de l'intérêt extérieur qui a guidé les majoritaires, d'autre part, dégager leur intérêt légitime d'actionnaire. Sur le premier point, il n'a pas besoin de leur accord. Sur le second point le mandataire doit s'enquérir de la volonté des actionnaires. Recherchant leur intérêt commun, il interrogera les uns et les autres, et rien n'indique qu'il conclura à l'opportunité de voter dans le sens revendiqué par les minoritaires ». Selon cet auteur la mission du mandataire consiste moins à voter qu'à dégager un accord entre majoritaires et

l'administrateur provisoire fait en l'espèce défaut. (...). La Cour relève d'ailleurs ce fait en observant que l'administrateur provisoire n'est pas chargé d'une mission de gestion. Il aurait mieux valu utiliser une terminologie adaptée comme celle de mandataire "ad hoc" chargé d'accomplir une ou des missions. Le mandat "ad hoc" laissant le dirigeant social à la tête de ses affaires ».

³⁵⁷ Cass. com. 8 mars 1993, Bull IV, n°101.

³⁵⁸ Voir J. Cavallini, *op. cit.*, p.247 : « ne pouvant lui-même adopter des actes sociaux, le juge est en mesure de les provoquer via un mandataire de justice. Cette technique est utilisée lorsque le juge entend mettre fin à un abus de majorité. Il lui revient en effet de prononcer le séquestre des actions des associés en cause et de désigner un mandataire *ad hoc* apte à voter à leur place mais dans l'intérêt de la société ».

minoritaires³⁵⁹.

Cependant, dans la jurisprudence, on peut invoquer une décision récente du Tribunal de Reims³⁶⁰ qui vient de permettre la nomination d'un mandataire *ad hoc* se substituant aux associés majoritaires d'une SAS. Aux termes de ce jugement, l'exercice par l'actionnaire majoritaire de son droit de vote avait conduit la société à prendre des décisions manifestement précipitées et difficilement réversibles, susceptibles de porter atteinte à l'intérêt social et de compromettre l'avenir de l'entreprise. La Cour d'appel de Reims a approuvé cette décision. Mais la Cour de cassation³⁶¹ l'a censurée, estimant que les juges du fond n'avaient pas précisé en quoi l'exercice par l'actionnaire majoritaire de ses pouvoirs empêchait le fonctionnement normal de la société.

L'importance de ce dernier constat de la Cour de cassation réside dans le fait que celle-ci n'ait pas évoqué les raisonnements classiques de la doctrine. Elle se fonde uniquement sur l'absence de preuve du conflit d'intérêts entre les associés ; ce qui permet à coup sûr de penser que la décision aurait été prise d'une manière différente si les juges du fond avaient constaté l'existence d'un tel conflit.

D- La dissolution de la filiale

158. La dissolution de la filiale constitue une importance particulière pour les associés minoritaires. En effet, devant la difficulté de trouver un acquéreur de leurs titres, acceptant de s'engager dans une société liée à des intérêts extérieurs, ces associés disposent de leur droit de demander la dissolution de la filiale en vue d'en sortir et de recueillir un boni de liquidation partageable. Ce droit, considéré par la jurisprudence comme d'ordre public³⁶², est prévu à l'article 1844-7 du Code civil français qui dispose : «la société prend fin : (...) 5° par la dissolution anticipée prononcée par le Tribunal à la demande d'un associé pour juste motif, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé, ou de mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société». Il est également prévu dans le Code de commerce libyen par l'article 30 qui dispose : «Tout associé a le droit de demander au tribunal la dissolution de la société pour inexécution des obligations afférentes aux autres associés ou une grave mésintelligence entre les associés, ou tout autre

³⁵⁹ Voir aussi : *D. Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, op. cit., n° 369, p. 361 ; L. Godon, Le recul de l'administrateur provisoire de groupe, Rev. soc. 2008, p. 96.*

³⁶⁰ *T. Reims 29 févr. 2009.*

³⁶¹ Voir : *Cass. com., 10 nov. 2009, F-D, n° 08-19.356, note sous cass. D. Poracchia, (Conditions de nomination d'un administrateur provisoire représentant des actions démembrées), Rev. soc., 2010, p.219.*

³⁶² Voir : *Cass. com. 12 mars 1996., note D. Bureau, Rev. soc. 1996 p. 554*

juste motif ».

De plus, selon la jurisprudence française, le tribunal saisi ne peut obliger l'associé demandant la dissolution à céder ses parts à la société ou aux autres associés qui lui offrent leur rachat. C'est une voie principale ayant pour objet de sanctionner le conflit d'intérêt issu d'un abus de vote. Mais elle représente pourtant un péril terrible pour la filiale qui disparaît. C'est pourquoi les deux législateurs, français et libyen, restreignent le champ d'application de cette disposition à l'exigence d'un juste motif reposant sur l'inexécution des obligations sociales par un associé ou une mésentente paralysant le fonctionnement normal de la société³⁶³. Un conflit d'intérêts pourrait ainsi justifier la dissolution pour l'un ou l'autre de ces deux motifs.

La mésentente entre associés se révèle dès lors que l'intérêt commun est violé par l'exercice du droit de vote contraire à l'intérêt social. Dans une filiale, la mésentente peut émaner de la recherche par la société mère d'intérêts personnels ou relatifs à d'autres sociétés de son groupe, contraires à l'intérêt de cette filiale et ses associés minoritaires. Or, il ne suffit pas selon l'article 1844-7 que les associés soient en conflit d'intérêt, le juge du fond doit constater que la divergence dans la filiale est profonde et persistante, compromettant la bonne marche de ses affaires sociales³⁶⁴. Cette situation apparaissait d'ailleurs clairement dans un arrêt d'appel de Paris³⁶⁵ rendu le 19 juin 2007. Dans cette affaire, une société mère et un coassocié détiennent à part égale les droits de vote dans une filiale. Un désaccord entre eux est survenu, provoquant un blocage total de décision. La Cour d'appel de Paris affirma ainsi que « compte tenu que chacun des associés détient à parts égales les droits de vote; que la société IPAC, autre société du groupe dont Monsieur Moine assurait la gérance et qui est en cours de liquidation, n'a pu continuer d'assurer la domiciliation de la société Avendi Axhom, qu'elle assumait des travaux de secrétariat et

³⁶³ En dehors de ces deux exemples, la juridiction saisie doit établir l'existence d'un juste motif pour prononcer la dissolution de la société. Dans un arrêt du 09 mars 2010, la Cour d'appel de Pau a désapprouvé le Tribunal de Pau d'avoir rejeté une demande de dissolution présentée par un associé, fondée sur la mésentente avec son mari coassocié issue de leur divorce. La Cour d'appel, établissant sa décision sur le dissentiment entre les deux associés qui faisait disparaître l'affectio societatis, déclare en l'espèce qu' « en application de cet article, la disparition de l'affectio societatis constitue un juste motif. En l'espèce Madame Isabelle DARRACQ LASVLADAS et Monsieur Pierre LASVALADAS sont en train de se séparer dans leur vie privée. Le sens de cette collaboration a totalement disparu avec la séparation du couple, ce qui entraîne la paralysie dans le fonctionnement de la société. Les deux associés du fait de la disparition de l'affectio societatis ont demandé la dissolution anticipée de la SARL INGENIERIE CONSEIL ENVIRONNEMENT. Cette demande repose sur de justes motifs ». Voir le texte intégral (CA .Pau 09 mars 2010, 29 mars 2010, n°09/00633)

³⁶⁴ Cass. com. 21 oct. 1997 : « cette mésentente n'est une cause de dissolution que dans la mesure où elle a pour effet de paralyser le fonctionnement de la société ».

³⁶⁵ CA. Paris, le 19 juin 2007, n°05/25053

était chargée de tenir sa comptabilité; que le mandataire *ad hoc* nommé par le premier juge a accompli sa mission mais que toutes les délibérations de l'assemblée générale concernant la vie de la société ont été rejetées, un même nombre de votes s'était trouvé en opposition ; que la mésentente des associés a pour effet de paralyser le fonctionnement de la société ; qu'il y a donc lieu de prononcer la dissolution de la société ».

159. Par ailleurs, l'autre juste motif énoncé par lesdits articles consiste en l'inexécution des obligations résultant du pacte social. Cette cause de dissolution se révèle d'une importance particulière pour la défense de l'intérêt commun des associés, notamment minoritaires, car la règle énoncée vise toute obligation quelle que soit la source. Les actionnaires sont dès lors tenus par les dispositions de l'article 1833 du Code civil édictant que « chaque votant doit arrêter son choix dans le sens que lui commande ses intérêts d'associé et non pas en sens contraire à ces intérêts ».

En résumé, la société filiale pourrait trouver une opportunité de dissolution en cas d'abus de majorité ou de pouvoir commis par la société mère, associée majoritaire ou dirigeante. Mais il ne faudrait pas négliger le risque qu'induit cette sanction quant à la vie sociale de la filiale, lequel montre la nécessité d'offrir aux associés minoritaires une voie de sortie sauvant l'entité juridique de cette dernière.

E- Le droit de retrait

160. Ce droit permet à un associé de se retirer de la société en obtenant soit le remboursement par celle-ci de la valeur de ses droits sociaux, soit l'achat par les associés majoritaires de ses actions³⁶⁶. Cette faculté est assurée en droit libyen par l'article 562 du Code civil applicable à toutes les sociétés civiles et commerciales. Intitulé du « retrait de l'associé », ce texte prévoit que « 1- Chaque associé peut se retirer de la société dont la durée est illimitée ou n'est pas liée à la vie d'un associé ; 2- il peut également s'en retirer dans les conditions prévues par les statuts ou, à défaut, s'il dispose d'un juste motif ».

D'après cette disposition, on constate que le droit de retrait s'exerce librement lorsqu'il s'agit d'une société à durée illimitée, et lié pour les autres sociétés à l'existence d'une stipulation statutaire ou d'un juste motif. Dans le premier cas, il revient aux statuts de préciser les conditions nécessaires pour l'utilisation de ce droit, et dans le second, il

³⁶⁶ Voir *D. Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, op. cit., n° 378 p. 369*. Voir aussi : *M. Cozian et alter, op. cit., 326, p.161 et s.* Selon ce dernier « il y a en effet retrait lorsqu'un associé, sans avoir à proposer un cessionnaire, demande le remboursement de son investissement ».

incombe au juge de se prononcer sur l'existence d'un juste motif de retrait. Cette preuve est souvent fondée sur la violation de l'intérêt commun par les associés majoritaires qui poursuivent leur intérêt personnel au mépris de l'intérêt des minoritaires. L'obligation de ces associés d'acquiescer les titres de ces derniers constitue ainsi la sanction appropriée à leur comportement fautif.

161. Quant au droit français, le retrait d'associé ne résulte d'aucun texte général applicable à toutes les sociétés³⁶⁷, mais de textes particuliers à certaines sociétés, ou des conditions statutaires ou bien même de la démonstration de juste motif³⁶⁸. Ainsi, selon l'article 1869 du Code civil, relatif à la société civile : « Sans préjudice des droits des tiers, un associé peut se retirer totalement ou partiellement de la société, dans les conditions prévues par les statuts ou, à défaut, après autorisation donnée par une décision unanime des autres associés, ce retrait peut également être autorisé pour justes motifs par une décision de justice. À moins qu'il ne soit fait application de l'article 1844-9, troisième alinéa, l'associé qui se retire a droit au remboursement de la valeur de ses droits sociaux, fixée, à défaut d'accord amiable conformément à l'article 1843⁴³⁶⁹ ». Du reste, il résulte de l'article 1845 du même Code que les dispositions relatives à la société civile sont applicables à toutes les sociétés civiles à moins qu'il n'y soit dérogé par le statut légal particulier auquel certaines d'entre elles sont assujetties³⁷⁰. De même le droit de retrait est classique pour les sociétés civiles professionnelles (L. 29 nov. 1996. art.18), les sociétés d'exercice libéral, le GIE et les sociétés à capital variable (C. com. art. L. 231-6)³⁷¹.

³⁶⁷ D. Gibirila, *Fasc. 41 : Société. – Dispositions générales. – Parts sociales : droits et obligations de l'associé*, *JurisClasseur Civil Code*, art. 1832 à 1844-17, Cote : 03,2009 : « le droit de retrait n'existe pas dans toutes les sociétés. En effet, à l'inverse des sociétés civiles de droit commun, des sociétés civiles professionnelles et des sociétés de construction, le principe de l'intangibilité du capital social s'oppose à l'octroi d'une faculté de retrait direct aux associés des sociétés commerciales. Seules dérogent à ce principe, les sociétés à capital variable pour lesquelles l'article L. 231-6, alinéa 1^{er} du Code de commerce dispose que l'associé peut se retirer quand il le juge convenable. Il s'agit bien là d'une exception, malgré les invitations des parlementaires à généraliser ce droit de retrait.

³⁶⁸ jusqu'à la réforme de 1978, le droit de retrait n'était expressément prévu que dans les SCP et les sociétés à capital variable, en parallèle avec le droit d'exclusion voir A. Bougnoux, *Sociétés civile.- associés*, *JurisClasseur*, cote 4 2010 : « le principe d'intangibilité du capital social s'oppose en effet, aussi bien dans les sociétés civiles de droit commun que dans les sociétés commerciales, à ce qu'un associé puisse quitter la société à sa guise en récupérant sa mise ». C'est donc par le biais de cette réforme qu'a été introduit au Code civil un nouvel article 1869 ouvrant ce droit à tous les associés des sociétés civiles, même celles soumises à des statuts particuliers, sauf si ces statuts légaux ont prévu sur ce point des solutions spécifiques.

³⁶⁹ L'article 1843-4 prévoit que « Dans tous les cas où sont prévus la cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation par un expert désigné soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du Tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible ».

³⁷⁰ V. Cass. civ. 03 juin 2010., n°09-65.995.

³⁷¹ « Chaque associé peut se retirer de la société lorsqu'il le juge convenable, à moins de conventions contraires ».

162. En dehors de ces cas, le droit de retrait suppose l'existence d'une stipulation statutaire. Cette exigence ponctuelle, issue du principe de l'intangibilité du capital social³⁷², constitue une lacune regrettable dans le droit français notamment pour les sociétés dont les titres ne sont pas négociés sur un marché réglementé. Les associés minoritaires en conflit d'intérêt avec les majoritaires n'ont qu'à demander la dissolution de la société afin d'obtenir le remboursement de leurs participations, ce qui débouche en réalité sur un risque majeur pour l'entreprise. A notre avis, un texte législatif général devrait être introduit dans le Code civil, au chapitre relatif aux dispositions générales de la société qui étendrait le retrait à toutes les sociétés.

Conclusion du chapitre

163. Pour conclure, nous constatons que le conflit d'intérêt et l'abus de droit qui en découle constituent pour les associés minoritaires des filiales le risque le plus important. Ils ont à ce titre fait l'objet de plusieurs règles législatives qui visent à la fois la prévention et la limitation de leurs effets néfastes. D'une part, les conventions conclues entre la société mère et ses filiales relèvent par principe d'une procédure de contrôle dont la souveraineté de l'exercer revient aux associés. Cette procédure s'établit en effet en deux étapes essentielles : une procédure d'autorisation préalable incombant aux membres de la direction ou de la gestion ; et une procédure de ratification postérieure, soumise à la collectivité des associés hormis ceux faisant partie de l'acte en cause. D'autre part, la société mère, associée majoritaire ou dirigeante de sa filiale, peut sacrifier son intérêt social dans cette dernière en faveur des intérêts personnels. Elle est à cet égard susceptible d'assumer la responsabilité des dirigeants ou des associés abusant de leurs pouvoirs ou de leurs droits de vote.

Il reste néanmoins à démontrer que l'absence d'une réglementation particulière aux groupes de sociétés pourrait servir les associés minoritaires des filiales, dans la mesure où elle justifie l'application des règles générales du droit commun qui se fondent essentiellement sur la notion de personnalité morale.

³⁷² D. Gibirila, *ibidem* : «le principe de l'intangibilité du capital social s'oppose à l'octroi d'une faculté de retrait direct aux associés des sociétés commerciales».