

# CHRONIQUE

## DROIT DES SOCIÉTÉS



**ISABELLE  
RIASSETTO**  
Professeur  
à l'Université  
du Luxembourg

**Groupe de sociétés – Contrat d'agent commercial conclu avec une filiale – Détenion de la quasi-totalité des parts de la filiale par la société mère – Immixtion de la société mère dans les relations avec l'agent – Influence prédominante – Autorité de fait de la société mère sur la filiale – Responsabilité solidaire de la société mère avec la filiale (non) – Création d'une apparence trompeuse ayant fait naître une croyance légitime que la société mère était cocontractante (défaut de vérification).**

Cour de cassation, chambre commerciale, 12 juin 2012 n° 11-16109 publié au Bulletin.



**QUENTIN  
URBAN**  
Maître de conférences  
à la faculté  
de droit de  
Strasbourg

**La Cour de cassation a censuré un arrêt de cour d'appel qui avait considéré qu'une société mère était responsable solidaire des dommages causés par le comportement fautif de sa filiale à l'égard d'un agent commercial, partenaire contractant, en raison de son immixtion dans la gestion de sa filiale. Pour engager la responsabilité solidaire de la société mère, il aurait fallu que la cour d'appel ait relevé que cette immixtion avait créé une apparence trompeuse de nature à faire légitimement croire à l'agent que cette société était aussi son cocontractant.**

Malgré l'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 9 octobre 2006 qui fixe les conditions de son engagement, la responsabilité solidaire d'une société mère aux côtés de sa filiale à l'égard de tiers contractants reste un sujet à turbulences. C'est une confirmation du constat que, quelle que soit la discipline juridique, la construction du droit des groupes n'est pas un long fleuve tranquille. Elle est faite de flux et de reflux.

La cour d'appel de Paris est aussi partie prenante de cette agitation juridique en raison de l'arrêt rendu le 27 janvier 2011. Dans cette décision, elle avait constaté qu'une société mère, PCAS, avait multiplié les ingérences dans la gestion de sa filiale, la société PCF, détenue par elle à 99,40 %, particulièrement dans les relations avec l'agent commercial, mandataire de PCF, la société Markinter. La société PCAS avait écrit de nombreux courriers avec une en-tête commune PCAS/PCF à l'adresse de l'agent commercial et la renégociation du contrat d'agent com-

mercial avait été menée par la société mère. Les magistrats d'appel en avaient déduit que la société mère s'était immiscée dans la gestion de la société PCF, ce qui avait créé une autorité de fait sur les responsables de la société filiale. Ils estimaient que cette autorité de fait avait permis la définition d'une nouvelle politique imposée à la société PCF et préjudiciable à l'agent commercial Markinter. Selon l'arrêt, des fautes avaient été commises par la mandante, ce qui avait conduit à la rupture des relations contractuelles à ses torts. L'immixtion de la société mère justifiait alors la condamnation solidaire des deux sociétés – mère et fille – à verser une provision de 100 000 dollars à valoir sur le montant définitif de l'indemnité de rupture à fixer par expertise. La Cour de cassation s'est faite plus restrictive en relevant que, s'il pouvait y avoir immixtion de la mère dans la gestion des relations contractuelles du contrat d'agent commercial, cela ne suffisait pas à engager la responsabilité solidaire de la société PCAS à l'égard de la société Markinter car il aurait fallu relever que « l'immixtion de la société PCAS avait été de nature à créer pour la société Markinter une apparence trompeuse propre à lui permettre de croire légitimement que cette société était aussi son cocontractant ». L'arrêt a donc été cassé au visa des articles 1842 (autonomie de la personne morale) et de l'article 1165 (effet relatif des contrats) du Code civil. Faute d'établir de lien cocontractuel entre la société mère et l'agent, il ne pouvait y avoir d'engagement de la responsabilité de la société mère. L'autonomie de la personne morale des sociétés membres du groupe était ainsi réaffirmée. Mais fallait-il construire un rempart juridique aussi haut autour de la personne morale des membres du groupe? Un éclairage jurisprudentiel et doctrinal peut aider à comprendre la rigueur de la chambre commerciale ou à la critiquer! Mais ce qu'il convient de constater d'emblée, c'est que la jurisprudence sur l'engagement de la responsabilité de la société mère du fait de sa filiale a connu des méandres. À la lecture des arrêts, des auteurs<sup>1</sup> ont vu plusieurs situations où il était possible de déroger au principe de l'indépendance juridique des membres du groupe.

1. V. par ex. D. Giribilla, *Jurisl. Droit com.* n° 1574 § 35 et s.; v. aussi Jacques Mestre et Dominique Velardocchio, *Lamy sociétés commerciales* 2011, § 2172.

La première, bien connue des spécialistes de procédures collectives, est celle codifiée depuis la loi n° 2005-846 du 26 juillet 2005 à l'article L. 621-2 du Code de commerce : la procédure collective « peut être étendue à une ou plusieurs autres personnes en cas de confusion de leur patrimoine avec celui du débiteur ou la fictivité de la personne morale ». La confusion de patrimoine et la fictivité de la société sont des notions qui ont fait l'objet d'une jurisprudence déjà bien commentée<sup>2</sup>.

Ensuite ont été distinguées la situation d'immixtion de la société mère dans la gestion de la filiale de celle de l'apparence de la société mère en cocontractante, toutes deux rendant possible l'engagement de la responsabilité de la société mère. Enfin, il existe une dernière hypothèse d'engagement de la responsabilité, celle fondée sur l'article 1382 du Code civil pour faute délictuelle.

Nous verrons qu'avec cet arrêt, la chambre commerciale semble fusionner deux hypothèses – immixtion et apparence – en imposant un cumul de conditions (I.). On peut toutefois considérer qu'il ne ferme pas la possibilité d'une action en responsabilité délictuelle pour immixtion fautive contre la société mère (II.).

### I. Immixtion et apparence

A priori, il faut distinguer. Les professeurs Vellardochoy et Mestre, dans leur traité de droit des sociétés, soulignent aussi que l'immixtion d'une société mère dans la gestion de sa filiale ne doit pas se confondre avec la situation où l'apparence a trompé le contractant et lui a fait croire que la société mère s'engageait aux côtés de sa filiale<sup>3</sup>. Chacune de ces situations ouvre selon eux une action en responsabilité contre la société mère.

Pourtant, un arrêt d'assemblée plénière avait déjà pris position sur le sujet en 2006 en imposant la conjonction entre immixtion et apparence. Dans cet arrêt relatif à la célèbre affaire du Crédit Lyonnais, les magistrats avaient censuré la cour d'appel de Paris qui n'avait pas fait apparaître que l'immixtion d'une banque dans l'exécution du mandat délivré à sa filiale avait été de nature à créer pour les mandants une apparence trompeuse propre à leur permettre de croire légitimement que cet établissement était aussi leur cocontractant, « ce dont il aurait pu être déduit que ce dernier était obligé par un mandat auquel il n'avait pas été partie ». C'est probablement dans le fil jurisprudentiel de cet arrêt qu'il faut inscrire la décision commentée. Il n'est plus possible de distinguer les deux hypothèses d'engagement de la responsabilité de la société mère. Pour que la société soit traitée comme cocontractante, il faut non seulement qu'elle se soit immiscée mais que, de plus, cette immixtion ait créé l'apparence faisant naître une croyance légitime de l'engagement de la société mère. Mais la jurisprudence n'offre-t-elle pas elle-même la possibilité de contourner l'obstacle ? Par exemple en se fondant sur l'article 1382 du Code civil pour le conjuguer avec l'immixtion ?

2. V. par ex. Ph. Delmotte, « Les critères de la confusion de patrimoine dans la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation », RJDA, 2006, Panorama de jurisprudence 1998-2006, chron. p. 539.

3. V. supra note 1.

### II. Et l'article 1382 du Code civil conjugué à l'invocation de l'immixtion ?

A priori, l'article 1382 du Code civil ne concerne pas les hypothèses étudiées où la filiale est liée par un contrat et où l'on se pose la question de savoir s'il sera possible d'atteindre la société mère en la qualifiant de cocontractante. Pourtant, la Cour de cassation admet depuis longtemps que des créanciers puissent agir en responsabilité délictuelle contre la société mère pour des inexécutions contractuelles de filiales<sup>4</sup>. Ainsi une transmission de données erronées sur la situation de sa filiale par la société mère à des sous-traitants de sa filiale constitue selon la Cour de cassation une situation d'engagement de la responsabilité délictuelle de la société mère<sup>5</sup>. Un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 26 octobre 2011 semble combiner responsabilité délictuelle et immixtion, alors que pourtant elles sont traditionnellement distinguées<sup>6</sup>. En effet, dans cette décision qui a trait, au principal, à un conflit international de juridictions, l'action des créanciers contre les sociétés mères reposait sur une immixtion fautive de la société mère mais qui trouvait son fondement sur l'article 1382 du Code civil. Il serait donc possible d'éviter la double condition d'immixtion et de l'apparence posée par l'arrêt commenté en invoquant un autre binôme, immixtion et faute délictuelle. On assisterait ainsi à une redistribution des cartes. Encore faut-il bien maîtriser les règles du jeu !

Q. U.

### Publication le 2 juillet 2012 du Rapport de l'AMF sur les assemblées générales d'actionnaires de sociétés cotées

La participation des actionnaires aux assemblées générales et l'exercice du droit de vote sont les éléments déterminants d'une bonne gouvernance des sociétés. L'AMF a publié le 2 juillet 2012 un Rapport sur les assemblées générales d'actionnaires de sociétés cotées, qui propose diverses modifications de la réglementation ou des pratiques suivies, afin que la participation des actionnaires aux assemblées générales soit pleinement assurée. Quatre thèmes sont abordés : le dialogue entre actionnaires et émetteurs à l'occasion de l'assemblée, la constitution et le rôle du bureau, l'exercice général du droit de vote et le vote des conventions réglementées.

#### I. Dialogue permanent entre actionnaires et émetteurs

Un dialogue entre actionnaires et émetteurs en amont et en aval de l'assemblée implique notamment de reconnaître la possibilité pour les actionnaires d'émettre des propositions de résolutions ou de points à l'ordre du jour, ou de poser des questions écrites ou orales. La demande

4. V. par ex. CA Aix 18 juin 1975, RJ com. 1975-1976, p. 9, note Calais-Auloy.

5. Cass. com. 18 mars 2008, n° 07-10934, Bull. Joly Sociétés, 1<sup>er</sup> juill. 2008, n° 7, p. 606.

6. Cass., 1<sup>re</sup> civ., 26 oct. 2011, n° 10-17026 (n° FPB1), Bull. Joly Sociétés, 1<sup>er</sup> janv. 2012, n° 1, p. 70.

d'inscription d'un point à l'ordre du jour est un moyen de communication avec l'émetteur et les autres actionnaires en assemblée générale plus souple que le dépôt d'un projet de résolution. Le groupe de travail propose de retenir une conception large du point inscrit à l'ordre du jour au-delà du champ strict de la compétence décisionnelle de l'assemblée convoquée : les « points » doivent toutefois être d'intérêt général et non particulier à un actionnaire, être en rapport avec l'objet social ou avec le contenu des documents transmis à l'assemblée.

Le groupe de travail préconise une modification de l'article R. 225-71 du Code de commerce pour permettre aux sociétés ayant des capitalisations importantes d'insérer dans leurs statuts un seuil inférieur à 0,5 % pour le dépôt par les actionnaires de projets de résolution et/ou de points à l'ordre du jour<sup>7</sup>.

Le groupe de travail propose la publication sur le site Internet de l'émetteur des exposés des motifs figurant dans le rapport du conseil sur les projets de résolutions en même temps que la publication de l'avis dit « de réunion » au BALO qui intervient au plus tard à J -35.

## II. Le bureau de l'assemblée générale : constitution, fonctionnement et missions

Le législateur n'impose pas d'obligation pour les sociétés de constituer un bureau ; l'article R. 225-101 du Code de commerce régit la composition du bureau s'il est constitué (un secrétaire et deux scrutateurs en sus du président). Il est proposé d'insérer, dans la partie législative ou réglementaire du Code de commerce, le principe selon lequel un bureau doit être constitué lors de l'assemblée. Il devrait être prévu par disposition réglementaire que la présidence du bureau est exercée par le président de l'assemblée, sauf en cas d'empêchement, et que les décisions du bureau sont prises à la majorité de ses membres.

Le bureau a vocation à trancher les difficultés survenant à l'occasion du déroulement de l'assemblée et à prendre collégialement toute décision qui s'impose dans la limite des pouvoirs qui sont les siens. En pratique, bien qu'aucun texte ne le prévoit expressément, le bureau est en charge de « la police de l'assemblée » :

- il assure le bon ordre des débats. Il peut être ainsi amené à assurer la gestion des réponses aux questions des actionnaires (distribution du temps de parole notamment) ;
- il décide, si cela est nécessaire, de suspendre la séance, c'est-à-dire d'arrêter de manière momentanée les délibérations de l'assemblée générale ;
- il veille à l'application des dispositions relatives à l'exercice du droit de vote des actionnaires, c'est-à-dire principalement l'application des règles de privation des droits de vote prévues par la loi.

Le groupe de travail propose que ce pouvoir de police soit défini par voie réglementaire ; le groupe de travail estime que le pouvoir d'ajourner l'assemblée ne relève pas de la compétence du bureau. La Cour de cassation a

précisé, dans le cadre de l'affaire *Sacyr-Eiffage*, « qu'aucun texte n'attribue au bureau de l'assemblée le pouvoir de priver des actionnaires de leurs droits de vote au motif qu'ils n'auraient pas satisfait à l'obligation de notifier le franchissement d'un seuil de participation dès lors que l'existence de l'action de concert d'où résulterait cette obligation est contestée »<sup>8</sup>. Le bureau ne peut se voir reconnaître le droit de suspendre le droit de vote d'un actionnaire en dehors des cas d'évidence où seule une constatation purement matérielle est nécessaire, et à l'exclusion de toute appréciation, factuelle ou juridique, de sa part : il ne lui appartient pas de juger de l'existence d'une éventuelle action de concert qui n'aurait pas été déclarée ou qui serait contestée.

Afin de faciliter l'exercice de ce pouvoir de suspension des droits de vote et de prévenir la survenance de situations litigieuses en cours d'assemblée générale, le groupe de travail considère que les sociétés devraient procéder à un travail d'identification, en amont de l'assemblée, des situations et des éléments susceptibles d'entraîner une suspension des droits de vote. Cela suppose, par exemple, de disposer d'informations précises sur l'actionnariat connu au jour de la *record date*, d'avoir établi une liste des cas de non-déclaration que la société a pu constater ainsi qu'un relevé détaillé des franchissements de seuils légaux déclarés dans l'année à la société, avec la mention d'un éventuel retard.

Le groupe de travail recommande l'élaboration et la diffusion de guides de bonnes pratiques à l'attention des membres du bureau. Le groupe de travail considère qu'un membre du bureau ne peut pas prendre part à une décision qui le concernerait et dans le cadre de laquelle il serait en conflit d'intérêt.

## III. L'expression du vote en assemblée générale

L'article L. 225-96 du Code de commerce prévoit que les décisions des actionnaires sont prises à une majorité des voix dont disposent les actionnaires présents ou représentés. La base de calcul des votes est constituée par l'ensemble des voix dont disposent les actionnaires qui sont présents à l'assemblée, qui ont voté par correspondance ou qui ont délivré une procuration : les abstentions sont assimilées à des votes « contre ». Il en résulte que les votes « pour » doivent l'emporter non seulement sur les votes « contre », mais également sur les « abstentions ».

Le rapport préconise une modification législative pour que les abstentions soient comptabilisées en tant que telles : le résultat du vote serait obtenu en divisant le nombre de votes « pour » par la somme des votes « pour » et des votes « contre » (voix exprimées) alors que dans le système actuellement en vigueur, le dénominateur est composé des votes « pour », des votes « contre » mais aussi des « abstentions ».

Il est proposé également de refondre le formulaire de vote par correspondance, afin de clarifier la portée du vote exprimé, notamment par différence avec les pouvoirs donnés sans indication de mandataire.

7. Ce seuil est actuellement de 5 à 0,5 % du capital, 0,5 % du capital social lorsque les sociétés appartiennent au SBF 120.

8. Cass. Com. 15 mai 2012, n° 10-23-389, 555, *Juris-Data* n° 2012-010781.

L'importance de l'actionnariat non-résident dans les sociétés du CAC 40<sup>9</sup> conduit le groupe de travail à proposer des mesures pour améliorer le mécanisme de transmission des votes des actionnaires non-résidents, qui est considéré comme étant trop complexe en raison des circuits utilisés plus que du droit applicable. Il est notamment proposé pour les émetteurs de grande taille et ayant une base actionnariale internationale, la mise en place d'un interlocuteur en charge des relations avec les investisseurs non-résidents pour toute question liée à l'assemblée. Une amélioration de l'information des actionnaires non-résidents sur les étapes clés de la procédure de vote devrait être assurée par la transmission d'une documentation claire et exhaustive. Les investisseurs non-résidents devraient être incités à inscrire leurs actions en compte directement auprès de l'émetteur (inscription au nominatif).

Le groupe propose également quelques mesures concrètes liées aux possibilités de vote par voie électronique qui bénéficieraient à tous les actionnaires résidents et non-résidents : la mise en place d'une ou plusieurs plates-formes de vote électronique pourrait être de nature à favoriser le traitement des flux d'informations entre les émetteurs et tous leurs actionnaires

#### IV. Le vote des conventions réglementées

À propos des conventions réglementées, le rapport recommande notamment que la décision du conseil d'adminis-

tration d'autorisation des conventions réglementées soit motivée et que les commissaires aux comptes formulent des observations en cas d'insuffisance de motifs, dans leur rapport spécial sur les conventions réglementées ; une modification législative devrait rendre obligatoire la motivation du conseil d'administration, la transmission de ces motifs aux commissaires aux comptes et leur reprise dans le rapport spécial des commissaires aux comptes.

Le rapport incite les conseils d'administration à nommer un expert indépendant lorsque la conclusion d'une convention réglementée est susceptible d'avoir un impact très significatif sur le bilan ou les résultats de la société et/ou du groupe.

Il est également proposé d'améliorer la définition du périmètre des conventions réglementées. Les conventions conclues avec les filiales détenues à 100 % pourraient être exclues de ce périmètre. À l'inverse, les conventions conclues entre un dirigeant ou un administrateur et une filiale devraient être portées à la connaissance des actionnaires de la société-mère, et faire l'objet, dans certains cas résultant de circonstances de fait, de la procédure des conventions réglementées au niveau de la société mère.

Des propositions de ce rapport pourraient être discutées dans le cadre du projet de loi sur les rémunérations des dirigeants annoncé pour cet automne ; d'autres propositions relèvent des codes de gouvernance et pourraient être adoptées sans attendre de modifications législatives ou réglementaires. ■

M. S.

9. Au 31 décembre 2010, la capitalisation boursière des 37 entreprises françaises du CAC 40 était détenue à hauteur de 42,4 % par les non-résidents.



## ESPACE CARRIÈRE et EMPLOI

*Pour évoluer au cœur  
de la banque et de la finance*

**DÉCOUVREZ**  
**La nouvelle rubrique**  
**sur [revue-banque.fr](http://revue-banque.fr)**