

CHRONIQUE

DROIT DES SOCIÉTÉS



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

Société anonyme – Pacte extrastatutaire – Convention de vote – Licéité (oui) – Clause de préemption en cas de cession – Modalités de fixation du prix en cas de préemption – Nullité de la clause – Sanctions en cas de violation des stipulations extrastatutaires – Clause d'exclusion de l'actionnaire – Nullité.

CA Paris 4 décembre 2012, n° 11-15313, ch. 5-8, SAS Pampr'œuf distribution c/ SA Les Établissements Ligner.

Au sein de la SA Appro, les représentants de six sociétés actionnaires ont signé en leur qualité de dirigeants sociaux un pacte extrastatutaire (qualifié de protocole d'accord), qui comportait notamment une clause relative aux prises de position lors de l'assemblée générale ainsi qu'une clause relative à l'entrée et sortie des actionnaires, assorties de sanctions dont l'application a donné lieu à des contestations qui conduisent la cour d'appel de Paris, par un arrêt du 4 décembre 2012, à prendre position sur la validité des conventions de vote (1.), sur les conditions de mise en œuvre d'un droit de préemption en cas de cession d'actions (2.), ainsi que sur les conditions d'exclusion d'un actionnaire pour manquement à des obligations extrastatutaires (3.).

1. Prise de position lors de l'assemblée générale

À l'article 1 de ce pacte, il était stipulé que « les signataires s'engagent à se réunir préalablement à toute réunion en assemblée générale ordinaire ou extraordinaire des actionnaires de la société Appro pour déterminer les choix qu'ils opéreront dans le cadre du fonctionnement de la société. [Ils] s'engagent à voter lors de l'assemblée générale dans le sens qu'ils auront déterminé à la majorité lors de la réunion préparatoire ».

En l'absence de dispositions légales encadrant les conventions de vote entre actionnaires, la jurisprudence a dégagé plusieurs critères d'appréciation de la validité de ces conventions au regard notamment du principe de libre exercice du droit de vote, de l'absence de rétribution en contrepartie de l'engagement de vote, d'une limitation dans le temps et d'une conformité à l'intérêt social¹. Ce sont les critères retenus en l'espèce par la cour d'appel de Paris, qui considère que cette convention de vote est licite dès lors qu'elle repose sur un engagement éclairé

des actionnaires signataires lesquels ont connaissance des résolutions soumises à leur vote, qu'elle respecte les dispositions d'ordre public en n'emportant pas cession du droit de vote ni atteinte au principe de libre révocabilité des dirigeants sociaux et que, destinée à l'établissement d'une politique stable et durable, elle ne contrevient pas à l'intérêt social. La cour d'appel relève par ailleurs que cet engagement, souscrit pour une durée indéterminée, peut être résilié unilatéralement à tout moment.

Un tel engagement extrastatutaire conclu par des actionnaires n'est pas opposable à la société visée : il s'agit d'un engagement contractuel, soumis au principe de l'effet obligatoire du contrat dans les seuls rapports entre les parties. D'ailleurs, à l'article 4 du pacte une clause de confidentialité interdisait expressément aux parties de divulguer le pacte à des parties non signataires sous peine de sanctions.

2. Entrée et sortie des actionnaires

À l'article 2 du pacte, il était stipulé qu'aucun des signataires « ne pourrait céder les actions dont il est titulaire à un tiers, quel qu'il soit sans l'accord de l'ensemble des membres du pacte qui devra être sollicité dans le cadre d'une réunion préparatoire dans les formes prévues à l'article qui précède et aux mêmes conditions de majorité. Dans l'hypothèse où la cession ne serait pas autorisée, les signataires du présent protocole se substitueront au tiers qui n'aura pas été agréé en procédant à l'acquisition des actions. Le prix sera déterminé chaque année lors d'une réunion tenue par les membres du pacte en début d'année. La décision fixant le prix sera prise à la majorité simple. À défaut de fixation du prix, il sera fixé par un expert désigné amiablement avec le cédant. À défaut d'accord, chaque partie désignera un expert. Le collège expertal statuera alors à la majorité simple ».

L'une des sociétés signataires de ce pacte n'a pas cédé les actions qu'elle détenait dans la société Appro, mais a laissé ses actionnaires vendre leurs actions à d'autres actionnaires de cette société. Portant atteinte au principe de libre négociabilité des actions, les clauses extrastatutaires de préemption sont interprétées littéralement par les tribunaux : en l'espèce, la cour d'appel considère que ces opérations n'étaient pas visées par la clause de préemption qui ne portait que sur les cessions directes d'actions de la société Appro, et non les cessions indirectes touchant l'un de ses actionnaires².



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



**MICHEL
STORCK**
Professeur
à la faculté
de droit de
Strasbourg

1. Cf Mémento F. Lefebvre, *Sociétés commerciales* 2012, n° 47740.

2. Dans le même sens cf Cass. com. 15 sept 2009, *Juris-Data* n° 05 1606 : un pacte

La cour d'appel considère toutefois que le dispositif de fixation annuelle par avance du prix de cession des actions préemptées est contraire aux dispositions d'ordre public de l'article 1843-4 du Code civil qui imposent 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 fixation de la valeur des droits sociaux à dire d'expert en cas de contestation. L'annulation de la stipulation du mode de fixation du prix est étendue par les juges à l'ensemble des dispositions de cet article second.

L'article 1843-4 du Code civil, qui est devenu le support incontournable de tout le contentieux portant sur la valorisation de droits sociaux³, voit ainsi son champ d'application étendu à l'application de dispositions extrastatutaires⁴. L'actionnaire exclu doit pouvoir bénéficier d'une juste évaluation de la valeur de ses actions à la date de la cession forcée. En l'espèce, le montage retenu renvoyant en cas de contestation à une fixation du prix par un collège expertal composé d'experts désignés par les signataires du pacte et statuant à la majorité simple, plaçait le cédant dans une situation de faiblesse, face aux cinq autres signataires du pacte. Par ailleurs, la jurisprudence considère qu'en cas de contestation le pouvoir de désigner un expert chargé de l'évaluation des droits sociaux appartient au seul président du tribunal⁵.

3. Exclusion d'un actionnaire pour manquement à des obligations extrastatutaires

À l'article 3 du pacte, il était précisé que « dans l'hypothèse où un signataire ne respecterait pas les engagements pris à la majorité simple lors d'une réunion préparatoire, [...] comme dans l'hypothèse où il céderait ses actions à un tiers malgré la clause d'agrément stipulée ci-dessus, les signataires statuant à la majorité simple, l'auteur de la violation étant exclu du vote, pourront à leur choix soit appliquer une pénalité financière dont le montant sera déterminé par les signataires au présent protocole d'accord à la majorité simple... soit décider l'exclusion de l'auteur de la violation de la société Appro, le prix de cession étant celui déterminé annuellement ».

La stipulation de la clause d'exclusion permettant en l'espèce d'aboutir à une exécution forcée du pacte en cas d'aliénation des titres au mépris du droit de préemption. Une telle décision d'exclusion ayant vocation à jouer en

période de crise, le risque de contestation judiciaire de la part de l'actionnaire exclu est élevé : une jurisprudence abondante a dégagé les principales précautions à prendre dans la rédaction d'une clause de rachat forcé et dans la mise en œuvre de la procédure⁶.

L'actionnaire exclu n'a pas contesté simplement la décision d'exclusion prise à son égard, mais a soulevé l'illégalité de la procédure conventionnelle de sanctions prévue par le pacte d'actionnaires. La cour d'appel annule cette stipulation au motif qu'elle emporte violation des droits de la défense et du droit à un procès équitable. Il convient d'observer que la procédure prévue par le pacte extrastatutaire ne rentre pas dans le champ d'application de l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme⁷. Toutefois, les principes de loyauté contractuelle et des droits de la défense s'imposent dans les rapports entre signataires d'un pacte extrastatutaire⁸.

En l'espèce, plutôt que d'enfreindre les dispositions du pacte extrastatutaire et de s'exposer au risque de sanctions et au risque judiciaire de contestation de ces sanctions, l'actionnaire avait la possibilité de faire jouer une disposition essentielle de ce pacte : conclu pour une durée indéterminée, un tel pacte peut être résilié à tout moment par l'un des signataires, qui recouvre alors le libre exercice de ses droits d'actionnaire.

M. S.

Effet relatif des contrats (C. civ. art. 1165) – Contrat passé entre une société en participation et une société mère d'un groupe – Exécution du contrat par un tiers, société filiale – Redressement fiscal infligé à la société filiale au terme de l'exécution du contrat – Recours de la filiale contre la société en participation pour faire supporter une partie du coût du redressement fiscal – Rejet de la demande en condamnation de la société en participation.

Arrêt de la chambre commerciale du 18 décembre 2012, n° 11-25567 (F-PB), Sté Silvestri et Baujet et Sté Établissements Baumann Frères c/ Sté LB2C, arrêt déjà commenté par H. Barbier, Bull. Joly 1^{er} mars 2013, n° 3, p. 191.

Une société en participation avait conclu un contrat avec une société mère d'un groupe pour la réhabilitation et la revente d'un château. Le contrat prévoyait l'exécution des opérations et la répartition des bénéfices par une filiale du groupe. À l'issue de l'opération, un redressement fiscal intervient. La filiale fait l'objet d'une liquidation. Le liquidateur engage une procédure judiciaire pour tenter de faire partager la charge financière du redressement aux associés de la société en participation. La Cour de cassation rejette le pourvoi en se fondant sur l'effet relatif des contrats et l'impossibilité pour un tiers d'invoquer les obligations et droits nés d'un contrat auquel il n'est pas partie.

de préemption visant les opérations emportant de quelque manière que ce soit transfert de propriété des titres d'une SA n'est pas applicable à une cession des titres d'une société actionnaire de la SA.

3. J. Moury, *Droit des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers*, Dalloz Référence, 2011-2012, p. 37.

4. R. Dammann et S. Périnot, « L'article 1843-4 du Code civil prévoyant une valorisation des droits sociaux par un expert est-il applicable aux pactes extrastatutaires ? » *Joly Sociétés*, nov. 2008, n° 11, p. 844. Rapp. Com. 24 nov. 2009, Bull. civ. IV, n° 151 ; D. 2009, AJ 2924, obs. Lienhard ; D. 2010. Pan. 2798, obs. Hallouin ; *Rev. sociétés* 2010. 21, note Moury ; JCP E 2010. 1200, note Coquelet ; RTDF 2009, no 4, p. 100, obs. Poracchia ; JCP E 2010. 1146, note Mouy ; *Dr. sociétés* 2010, n° 21, note Coquelet (2^e esp.) ; RJDA 2010, n° 375 ; Bull. Joly 2010. 318, note Le Cannu et Mathez ; RJ com. 2010. 55, note Ginetet. CA Versailles 10 sept. 2009, D. 2009, AJ 2220, obs. Lienhard ; JCP E 2010, 1200, note Coquelet ; RTDF 2009, n° 4, p. 100, obs. Poracchia ; RJDA 2010, n° 153 ; *Dr. sociétés* 2010, n° 21, note Coquelet (1^{re} esp.).

5. V. par ex. Civ. 3^e, 28 mars 2012, Bull. civ. III, n° 53 ; D. 2012. Actu. 943, obs. Lienhard ; *Rev. sociétés* 2012. 363, note Moury ; *Dr. sociétés* 2012, n° 95, note Mortier ; Bull. Joly 2012. 573, note F.-X. Lucas ; RJDA 2012, n° 691.

6. V. J. Sikora, *L'exclusion des membres des groupements de droit privé*, Thèse dactyl., Univ. Robert Schuman, Strasbourg, 11 oct. 2007, n° 787 s.

7. Cf Civ. 1^{re}, 16 mars 2004, Bull. civ. I, n° 83 (droit à l'assistance d'un avocat dans le cadre d'une exclusion d'une association) ; Cass. Com. 10 mai 2006, n° 609.

8. V. F.-X. Lucas, « Le principe du contradictoire en droit des sociétés », in *Libertés et droits fondamentaux*, R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et T. Revet (dir.), Dalloz, 2010, 16^e éd., p. 741, n° 955 s.

A priori, la règle posée par l'article 1162 du Code civil offre peu de prises à de multiples dérogations : « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point aux tiers et elles ne lui profitent que dans le cas de l'article 1121 (la stipulation pour autrui) ». En principe, un tiers ne peut invoquer les droits et obligations nés d'un contrat auquel il n'est pas partie. Pourtant, dans les groupes de sociétés, il arrive que la dynamique collective impliquant les membres du groupe et la particularité des relations nouées avec des partenaires extérieurs crée des situations où un membre du groupe pourrait avoir intérêt à invoquer une inexécution contractuelle pour obtenir réparation personnelle alors même que le contrat avait été conclu par une autre société du groupe. Mais, l'entreprise soulève de sérieuses difficultés juridiques.

En l'espèce, il avait été attribué un rôle central à la société Établissements Baumann, filiale de la société mère Sacif dans un contrat passé entre une société en participation LB2C et la société Sacif. En effet, il avait été convenu par contrat en date du 17 décembre 1998 que la société Établissements Baumann se chargerait de la réhabilitation et de la revente d'un château ainsi que de la répartition des bénéfices entre les sociétés Sacif et LB2C. L'opération s'était mal déroulée puisque à l'issue d'un redressement fiscal, la société Établissements Baumann avait été placée en liquidation judiciaire. Pour tenter de renflouer un peu les caisses de cette société naufragée, le liquidateur judiciaire, la société Silvestri et Baujet avait engagé une action judiciaire tendant à faire supporter une partie du passif fiscal de la société Établissements Baumann par la société en participation LB2C, en invoquant une clause du contrat prévoyant une répartition des bénéfices de l'opération.

Dans son arrêt du 30 juin 2011, la Cour d'appel de Caen avait considéré que, comme la société, les établissements Baumann n'étaient pas partie au contrat du 17 avril 1998, elle ne pouvait se prévaloir de la règle contractuelle de répartition des bénéfices (en l'occurrence des pertes). La société Établissements Baumann et son liquidateur avaient formé pourvoi en soutenant que « les tiers à un contrat, s'ils ne peuvent être constitués débiteurs ou créanciers, peuvent invoquer à leur profit comme constituant un fait juridique la situation créée par ce contrat ». En l'occurrence, la règle contractuelle prévoyant la répartition des bénéfices entre les deux sociétés contractantes pouvait s'analyser, selon les demandeurs au pourvoi, en un « fait juridique » qui devait permettre à la société Établissements Baumann de fonder juridiquement sa demande de prise en charge partielle des dettes fiscales.

La chambre commerciale de la Cour de cassation confirme l'analyse de la Cour d'appel en énonçant dans un attendu très ferme « si un tiers peut se prévaloir du contrat en tant que situation de fait, c'est à la condition que celle-ci soit de nature à fonder l'application d'une règle juridique le droit qu'il invoque ; que la société Établissements Baumann s'étant bornée à invoquer la réalisation par ses soins de l'opération contractuelle, sans soutenir que cette circonstance avait fait naître à son profit une créance de nature délictuelle ou quasi contractuelle c'est sans méconnaître les dispositions de l'article 1165 du Code civil que la cour d'appel s'est prononcée comme elle l'a fait. » En raison de l'adossement de l'analyse de la Cour de cassation sur

la notion originale de « situation de fait » génératrice de droits au profit des tiers (1.), on ne peut faire l'économie d'un commentaire sur cette notion avant de s'intéresser aux circonstances dans lesquelles une créance de nature délictuelle ou quasi délictuelle pourrait être invoquée par un tiers en raison de cette « situation de fait » (2.).

1. Le contrat, « situation de fait », n'est pas générateur de droits contractuels au profit des tiers

Dans son attendu qui fonde la décision de rejet la Cour de cassation utilise une expression qui ne figure pas dans la loi et qui n'a pas de définition jurisprudentielle précise. Le contrat conclu était « une situation de fait ». Le professeur Laurent Leveneur a souligné dans sa thèse l'ambiguïté de la notion⁹. En effet, il ne faudrait pas comprendre la notion comme signifiant qu'il s'agit d'une situation résultant exclusivement de « faits » à l'opposé d'une situation qui serait purement « juridique ». Ici, la notion de « situation de fait » veut vouloir dire qu'il s'agit d'une situation qui s'impose au tiers. « En parlant alors de "situation de fait", on se réfère seulement à l'idée que le contrat est un fait, – un fait social – dont nul ne peut méconnaître l'existence¹⁰. » L'existence de ce contrat, « fait social » est bien sûr une évidence pour les signataires de ce contrat, qui sont tenues de respecter les règles issues de l'accord. Toutefois, l'étude de la jurisprudence montre qu'il est parfois très délicat de déterminer quelles sont les personnes obligées par le contrat¹¹. Pour les tiers, la qualification du contrat de « fait social » peut avoir plusieurs sens. D'abord, le tiers doit respecter le contrat, il ne doit pas entraver son exécution sous peine d'engager sa responsabilité¹². Ensuite et surtout le contrat ne fait pas naître des droits à son profit dont il pourrait exiger respect et, éventuellement, exécution, car l'acte lui est juridiquement extérieur. C'est « une situation de fait » sur laquelle il n'a pas prise. Le contrat ne lui « profite pas », selon la formule de l'article 1165 du Code civil. Ainsi, la jurisprudence abonde de décisions qui ont refusé au tiers le droit de demander l'exécution d'un contrat ou même d'une seule clause¹³. Ainsi par exemple un fournisseur ne pouvait pas se prévaloir d'un contrat de franchise pour exiger paiement auprès du franchiseur d'une facture due par le franchisé¹⁴. Dans l'espèce commentée, on peut considérer que les arguments du pourvoi se déployaient « vent debout » contre cette règle légale et jurisprudentielle en soutenant que les tiers au contrat pouvaient invoquer la situation créée par le contrat comme « un fait juridique » susceptible d'être invoquée par la société Établissements Baumann, tiers au contrat. Pour tenter de donner un fondement à leur prétention à invoquer le contrat contre la société LB2C,

9. L. Leveneur, *Les situations de fait et le droit privé*, LGDJ, 1990.

10. J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Les obligations*, 1. L'acte juridique : le contrat, formation, exécution, Dalloz-Sirey, 2010, 14^e éd., n° 431.

11. S. Becqué-Ickowicz, « Contrats et obligations, effets des conventions à l'égard des tiers. Distinction entre les effets entre les parties et à l'égard des tiers », *Jurisc. Droit civil Code*, art. 1165, fasc. 10.

12. Illustration : un tiers avait favorisé la violation d'une clause de non-concurrence en offrant son aide au cocontractant fautif (Com. 23 avr. 1985, Bull. civ. IV, n° 124).

13. V. S. Becqué-Ickowicz, *op. cit.*, spéc. § 75.

14. CA Rennes 18 oct. 2002, n° 01/07270, *Juris-Data* n° 2002-206329.

les demandeurs au pourvoi arguaient de leur intervention pour le compte des parties dans la réalisation des objectifs contractuels, à savoir l'acquisition, la réhabilitation et la revente du château, qui justifiaient leur droit à répartir les charges résultant du redressement fiscal par application de la clause contractuelle relative aux bénéfices. On décèle dans cet argumentaire, à mots couverts, l'idée que la société Établissements Baumann aurait agi en qualité de mandataire des parties pour l'exécution du contrat et qu'à ce titre elle aurait revêtu la qualité de partie. Cette présentation n'est probablement pas sans lien avec le mécanisme de la représentation qui permet à une personne en apparence extérieure à un contrat d'être en réalité partie en raison du fait qu'elle a été représentée à l'acte. Sauf, qu'en l'espèce il ne s'agissait nullement d'un mandat de représentation à l'acte mais seulement d'un éventuel mandat pour agir. Le contrat passé entre LB2C et Saci prévoyait que les Établissements Baumann seraient l'exécutant. Aucune allusion n'est faite à une quelconque représentation juridique et le mandat d'exécuter n'était que projeté par le contrat. Tout en constatant l'impasse juridique à laquelle conduisaient les moyens du pourvoi et en rejetant donc le moyen, la Cour de cassation fait une allusion discrète à un recours qui n'avait pas été envisagée par les demandeurs au pourvoi : l'action en responsabilité délictuelle ou fondée sur un quasi-contrat.

2. Et la responsabilité délictuelle ou quasi contractuelle ?

Un arrêt relatif aux droits des tiers au contrat a fait grand bruit, il y a quelques années et aurait pu peut-être inspirer les demandeurs au pourvoi. Dans son arrêt du 6 octobre 2006¹⁵, l'assemblée plénière, la Cour de cassation avait considéré qu'un tiers pouvait engager la responsabilité délictuelle d'un contractant dès lors qu'il établissait l'existence d'une faute contractuelle commise au préjudice du tiers. En l'occurrence, un bailleur avait négligé l'entretien des locaux qui avait fait l'objet d'un contrat de

bail commercial et le locataire, exploitant du fonds avait à son tour conclu un contrat de location gérance avec une troisième personne. Le locataire gérant se plaignait du comportement fautif du bailleur d'immeuble alors même qu'il n'entretenait aucune relation contractuelle directe avec lui. Le locataire gérant avait alors engagé une action en responsabilité délictuelle contre le propriétaire de l'immeuble. La faute et le préjudice ayant été établis la Cour de cassation a approuvé la condamnation du bailleur sur un fondement délictuel alors même que la faute avait un caractère contractuel. Cet arrêt avait suscité des débats dans la doctrine et il semble que plus récemment la chambre civile de la Cour de cassation se soit démarquée de cette jurisprudence en exigeant que le manquement contractuel revête à l'égard du tiers le caractère d'une faute quasi délictuelle¹⁶. Une sorte de faute à l'image de Janus !

En l'espèce, aurait-on pu considérer que l'absence de prise en charge d'une fraction des pertes de l'opération par la société LB2C aurait pu constituer une faute quasi délictuelle commise au préjudice du tiers, Établissements Baumann ? Les éléments de fait fournis par la décision ne permettent pas d'esquisser une réponse. Il faudra donc se contenter de cette piste qui se termine en point d'interrogation.

En conclusion, il faut relever que cet arrêt, pourtant cohérent et conforme au droit positif, laisse une pointe d'insatisfaction. La situation de groupe caractérisée par le contrôle de la société Saci sur sa société filiale, les Établissements Baumann a conduit à un déséquilibre difficilement acceptable. En imposant à sa société filiale l'exécution d'un contrat auquel celle-ci n'était pas partie, la société Saci a privé sa filiale d'un recours contractuel qui lui aurait peut-être permis d'éviter la liquidation judiciaire dont elle a fait l'objet. C'est en définitive la volonté du plus fort dans le groupe qui a imposé sa loi. Est-ce bien juste ? ■

Q. U.

15. Cass. com. AP 6 oct. 2006, n° 05-13 255, publié du Bulletin.

16. Cass. 1^{re} civ., 15 déc. 2011, n° 10-17691 ; JCP G 2012, 530, préc. n° 4, obs. P. Stoffel-Munck.