

Chronique de droit des sociétés



Quentin Urban
Maître de conférences
Faculté de droit de Strasbourg III
de l'Université Robert Schuman



Isabelle Riassetto
Maître de conférences
Université de Nancy II

I Commentaire de l'arrêt du 4 septembre 1998 CA 14^e chambre Paris, section B, n° 98/03519 (1).

Expertises de l'article 145 du Nouveau code de procédure civile (NCPC) et de l'article 226 de la loi de 1966, intérêt social et groupe de sociétés

Les expertises de gestion de l'art. 226 de la loi de 1966 et les expertises *in futurum* de l'article 145 du Nouveau code de procédure civile-NCPC concernent a priori des actes qui ont été accomplis dans le cadre d'une société. Dans une hypothèse, c'est une carence de l'information sociale qui la justifie ; dans l'autre, c'est l'existence d'un contentieux naissant à l'échelle de la vie sociale qui retiendra l'attention du juge saisi. Il n'est donc pas surprenant que la jurisprudence ait admis la recevabilité de la demande sur le fondement de l'article 226 sous la condition qu'un risque d'atteinte à l'intérêt social ait pu être relevé et qu'elle considère que le risque d'abus de majorité peut constituer un motif légitime pour ordonner la mesure de l'article 145. Les deux constats, risque d'atteinte à l'intérêt social et risque d'abus de majorité, révèlent un désordre social qui mérite d'être éclairé.

Dans un cas comme dans l'autre, l'expertise sera une initiative qui aura pour objectif de remédier à un déséquilibre d'accès à l'information.

L'arrêt du 4 septembre 1998 présente un intérêt particulier car le désordre éventuel trouve son origine dans une décision d'apport partiel d'actif, qui s'inscrit dans le cadre d'une stratégie de développement d'un groupe de sociétés.

A l'occasion de l'examen de la demande d'expertise sur le fondement de l'article 145 du NCPC, une des questions posée par l'espèce était de déterminer si cette décision, prise en assemblée générale extraordinaire pouvait menacer l'intérêt social. Certains ont vu dans cette interrogation un rapprochement avec les exigences jurisprudentielles de l'article 226 de l'expertise de gestion (2). En effet, la jurisprudence avait déjà posé cette condition à propos de l'expertise de l'article 226.

En réalité, l'arrêt n'évoque le risque d'atteinte à l'intérêt social que pour prendre position sur l'éventualité d'un abus de majorité. Certains ne s'y sont pas trompés et n'ont pas

manqué de souligner que l'originalité de l'analyse consistait plutôt en un lien établi entre l'intérêt social et la stratégie de groupe (3).

En effet, l'apport partiel d'actifs visait à organiser un groupe en instituant en particulier la société apporteuse en société *holding*.

Dès lors, il fallait que les juges déterminent si une stratégie de groupe peut servir l'intérêt social, et si une décision d'apport partiel d'actif réduisant la société apporteuse à une fonction de *holding* peut constituer un abus de majorité (1).

La demande d'expertise fondée sur l'article 145 NCPC a été rejetée, consacrant ainsi au moins partiellement les stratégies de groupe. Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit de s'interroger sur le point de savoir si le développement des groupes de sociétés et les difficultés de circulation de l'information intragroupe résultant de l'opacité des sociétés qui les composent ne justifient pas un élargissement des hypothèses de recours aux expertises de l'article 145 comme de l'article 226 (2).

1. L'atteinte à l'intérêt social, abus de majorité et expertise *in futurum*

Lorsqu'un apport partiel d'actif décidé au profit d'une filiale constitue un transfert patrimonial d'envergure les associés minoritaires peuvent craindre a priori pour leurs intérêts et ceux de la société (A). Mais la décision s'inscrivant dans une stratégie de groupe ne pourra être constitutive d'un éventuel abus de majorité justifiant une expertise (B).

A - L'intérêt social et la création d'un groupe

La société commerciale peut parfois s'inspirer des règles démocratiques pour fonctionner, mais à la différence de la République elle n'est pas égalitaire (4). Le pouvoir des associés ou actionnaires les plus puissants n'est tempéré que lorsqu'il devient abusif. Il ne suffit donc pas que les minoritaires soient lésés par une décision pour qu'il y ait abus, il faut une atteinte plus grave aux principes organisateurs de la société. Le droit positif considère en conséquence que non seulement les minoritaires doivent souffrir des conséquences d'une décision mais qu'un intérêt supérieur, celui de la société prise comme une entité, doit avoir été lésé. C'est ce

recours qui protège les minoritaires, plus généralement les personnes impliquées dans la vie sociale mais qui soulève des incertitudes. En effet, la référence à l'intérêt social est fluctuante car elle se fonde sur une représentation théorique que peuvent se faire les juges de la gestion opportune d'une société commerciale.

C'est ce que fait le juge dans la présente décision puisqu'il estime que la décision de création d'un groupe est une décision opportune, particulièrement lorsqu'il s'agit d'une construction pyramidale fondée sur la spécialisation «par métier» des filiales et une société mère ayant pour objet social le contrôle des sociétés dominées («société holding»).

Nous ne sommes guère éloignés de la légitimité des stratégies de groupes exigée par l'arrêt Rozenblum (5), une politique commune au service d'un intérêt social, économique ou financier commun fondé sur des relations de dépendance entre sociétés. En l'espèce :

- la pénétration du marché de l'informatique financière est l'objectif de la politique,
- la filialisation par spécialité sous contrôle d'une société mère est l'expression juridique organisationnelle de cette politique,
- l'intérêt de la société dominante semble se déduire selon les juges de la stratégie de groupe nécessaire ou en tous les cas plus efficace qu'une stratégie fondée sur une société commerciale isolée. On peut imaginer qu'il s'agit là de l'intérêt partagé par les autres sociétés filiales et donc de l'intérêt commun.

En refusant de voir le risque d'une atteinte à l'intérêt social par la création d'un groupe de sociétés, le juge du fond a confirmé dans la même prise de position la légitimité des organisations pyramidales des groupes de sociétés. Mais la réception de principe du groupe comme stratégie sociale ne signifie bien évidemment pas que toutes les décisions s'inscrivant dans un tel contexte seront légitimes.

B - Le risque d'infraction d'abus de majorité, un motif d'expertise

C'est bien au juge du fond d'apprécier la légitimité du motif, qui doit aussi caractériser ce motif. Comme l'expertise de l'article 145 NCPC s'inscrit dans le cadre d'un litige naissant, il faut qu'elle soit utile à créer un éclairage nouveau sur le contentieux.

Il faut convaincre pour cela le juge de fond que l'expertise portera sur des faits dont la réalité est pour partie établie (6), sur des documents qui existent vraisemblablement ; il faut aussi que l'expertise révèle son utilité par rapport à d'autres procédés d'établissement des faits.

Mais, la condition fondamentale en débat en l'espèce est celle de l'existence d'un litige potentiel à objet et fondement suffisamment caractérisé (7).

Or, en l'occurrence c'est un éventuel abus de majorité qui aurait pu constituer la source du litige : c'est une infraction que la jurisprudence définit comme une décision prise par l'assemblée générale contrairement à l'intérêt social et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité (8). Sans même que la demanderesse ne l'ait semble-t-il évoqué, les magistrats vont s'interroger sur l'éventualité d'un abus de majorité à l'occasion de la décision d'apport partiel d'actif prise par l'assemblée générale de SIP au profit de la société AMS. Il est vrai que la chambre commerciale avait pu juger par le passé qu'une filialisation par apport d'actif ayant conduit à une chute brutale des activités et du CA de la société apporteuse caractérisait un abus de majorité (9).

Dans la définition jurisprudentielle, l'abus de majorité requiert une atteinte à l'intérêt social (qualifié aussi d'intérêt général), qui pose des difficultés sérieuses de définition, qui s'amplifient lorsque la décision s'inscrit dans un contexte de groupe (10). Si s'organiser en groupe peut être légitime, cela n'emporte pas pour autant validation de toutes les stratégies de groupe. La question posée aux magistrats est classiquement celle de déterminer si la décision de favoriser par une décision une autre société du groupe au détriment des intérêts de la société constitue un abus de majorité. Certes, la prise en charge du passif d'une filiale, dès lors que cette décision a été adoptée au mépris des intérêts de la société et uniquement pour couvrir la gestion d'un actionnaire, gérant de la filiale appartenant au groupe majoritaire, appelle la qualification d'abus de majorité (11).

Mais, la jurisprudence sur les prêts intergroupes pourrait faire place à une réalité juridique plus nuancée puisque «*lorsque à l'intérieur d'un groupe de sociétés des dirigeants communs ont systématiquement utilisé les fonds de l'une pour permettre aux autres de s'enrichir... il convient, pour apprécier si les intérêts de la société prêteuse ont été sauvegardés, d'analyser les opérations non pas isolément, mais dans leur ensemble et dans leur succession*» (12).

L'abus de majorité s'apprécie ainsi selon un principe de proportionnalité ; dans l'espèce, c'est ce qu'ont fait les magistrats : il y a eu apport partiel d'actif qui a contribué à fragiliser la valeur patrimoniale de la société SIP qui a abandonné une partie de son patrimoine ; il y avait là un risque sérieux de voir la société se transformer en coquille vide ; mais ce risque s'est trouvé compensé par le fait que la société SIP était détenue à 99 % par la société AMS et que la société SIP développait ainsi un aspect important de sa stratégie de groupe visant à élargir son influence sur le marché de l'informatique financière.

C'est donc l'importance des risques financiers encourus qui retient l'attention du juge comparé à l'avantage que retire la société de son appartenance à un groupe (13).

Il y a donc là une appréciation de la légitimité qui se réalise au travers d'un respect du principe de proportionnalité.

2. Les expertises à l'échelle des groupes, une adaptation inégale du dispositif d'accès à l'information

Le développement des groupes de sociétés repose sur une répartition des rôles entre sociétés et sur une apparente autonomie de chacune d'entre elles. Mais, ce qui donnera la puissance d'action du groupe sera la concentration du pouvoir de certaines sociétés sur d'autres. Classiquement, ce sera la société mère qui exercera cette domination mais ce contrôle pourra se disperser entre plusieurs sociétés dont les décisions des organes de direction pèseront sur l'avenir de chacune des sociétés membres.

Dès lors, on peut considérer comme légitime le droit pour les actionnaires, mais aussi les salariés des sociétés dominées d'avoir la possibilité d'être éclairés sur les actes qui peuvent avoir une influence déterminante sur l'avenir de leurs intérêts.

En l'état du droit positif, cette faculté est offerte dans le cadre de l'article 145 NCPC ; elle ne l'est pas pour l'expertise de l'article 226. Il est dommage qu'une expertise à l'échelle de relations intragroupes ne puisse être ordonnée que dans la perspective d'un contentieux judiciaire.

A - L'expertise de l'article 145 NCPC, un instrument utile

Non seulement les ultra minoritaires qui n'atteignent pas le seuil de 10 % de participation mais aussi des tiers à la société peuvent solliciter une expertise (14). L'article 145 NCPC a une formulation très générale «tout intéressé» (donc toute personne ayant intérêt agir) pour désigner le demandeur.

C'est cette conception très large de l'identité du demandeur qui a permis de mettre en œuvre des expertises dans le cadre d'actes accomplis dans le cadre de groupe de sociétés.

- Le ministère public a pu obtenir des informations sur la manière et les conditions dans lesquelles sont intervenues les modifications de répartition du capital et le changement de contrôle au sein ou entre diverses sociétés (15).
- Des associés fondateurs de la *holding* d'un groupe ont vu leur demande d'expertise accueillie favorablement afin que soit évaluée la valeur de cession d'une filiale d'un sous-groupe, bien qu'ils n'aient jamais été les associés de cette société (16).

La condition de l'existence d'un intérêt légitime aurait pu faire obstacle à l'élargissement du champ des expertises si la jurisprudence ne l'avait ouverte à des justifications appréciées à l'échelle d'un groupe.

Dans une espèce comme dans l'autre, il était important de ne pas s'arrêter à l'échelle de la société mais d'apprécier la légitimité de l'expertise sous l'angle de la situation de groupe.

L'expertise de l'article 145 NCPC sera donc un instrument privilégié de communication d'information dans le groupe, car les personnes qui peuvent solliciter l'expertise sont plus larges, les actes sont très divers, toutes les sociétés du groupe peuvent être visées.

Mais, le recours à cette procédure trouvera sa limite dans le fait qu'elle doit s'inscrire dans une perspective contentieuse (17). La recherche d'une information sur la stratégie d'un groupe et ses influences sur la gestion des sociétés membres ne sert pas ce seul objectif.

B - L'expertise de l'article 226, un instrument trop limité

En réservant la recevabilité d'une demande d'expertise aux seuls actionnaires ou comité d'entreprise de la société concernée par l'acte de gestion, l'article 226 apparaît comme peu adapté à la diffusion des informations dans les groupes.

Ainsi, l'actionnaire d'une société *holding* ne peut obtenir la désignation d'un expert de gestion pour des opérations de la filiale, et il ne peut donc invoquer les répercussions que ces dernières pourraient avoir sur les comptes consolidés de la société *holding* ou encore soutenir que pour les opérations qui nécessitent un vote de l'assemblée d'une filiale, la société «*holding*» prend une décision de gestion qui se traduit par son vote (18).

Mais certains aspects du régime juridique permettent une ouverture vers les informations intéressant la vie d'un groupe.

Tout d'abord, la Cob ou le ministère public peuvent, par leur extériorité aux structures sociales, saisir le juge alors que les intérêts impliqués dans un acte de gestion ne peuvent être compris que par référence au groupe. L'opacité aux informations opposée par la société n'a ici qu'une force relative (19).

Ensuite, des actionnaires peuvent demander des éclaircissements sur un acte accompli dans le cadre de la gestion de la société dont ils détiennent une fraction du capital, mais qui s'inscrit dans le cadre d'une stratégie de groupe ; c'est ainsi que la cour d'appel de Paris dans un arrêt rendu sur renvoi

de cassation a fait droit à la demande des actionnaires minoritaires d'une société française devenue la filiale d'une société américaine, qui avaient demandé une expertise destinée à les éclairer sur certaines opérations qui s'étaient produites au sein du groupe et en particulier la concession accordée par cette filiale d'une marque qu'elle exploitait jusque-là, le prêt sans intérêt qu'elle avait consenti à une autre société du même groupe, des emprunts qu'elle avait souscrit (20).

Cette indiscutable ouverture vers une information sur les stratégies de groupe se trouve cependant très limitée par plusieurs règles juridiques :

- si l'expertise est ordonnée, le rapport ne sera pas communiqué aux sociétés du groupe, aux actionnaires minoritaires des autres sociétés du groupe et en particulier ceux de la société mère, aux comités d'entreprise des autres sociétés du groupe, au comité de groupe ;
- seule la menace pesant sur l'intérêt social (ou une présomption d'irrégularité de gestion) (21) peut motiver la décision d'ordonner une expertise. La jurisprudence n'a jamais évoqué l'hypothèse où au nom d'un intérêt de groupe la mesure aurait pu trouver justification.

Le rapport Marini avait ouvert cette faculté pour les minoritaires de la société mère pour des opérations relevant des filiales, dès lors que celles-ci représentent un enjeu significatif au niveau du groupe (22) ; cette disposition n'est plus évoquée par l'avant projet de loi de réforme du droit des sociétés présenté par le ministère de la Justice en novembre 1998. C'est dommage car la transparence et la richesse de l'information sur la vie de sociétés sont une forme de protection juridique pour les tiers, comme pour les minoritaires (23).

Q. U.

- (1) Cet arrêt a déjà fait l'objet de plusieurs commentaires : v. *RTD com.* oct-déc. 1998 p. 863, note C. Champaud et D. Danet ; v. *Bull. Joly.* 99 n° 42, p. 250 note F.-X. Lucas ; *D. Aff.* n° 137 p. 1785 note M. B. ; v. D. Velardocchio, «L'expertise de l'art. 145 du NCPC est-elle encore une alternative à l'article 226 de la loi de 1966 ?» *Lamy soc. com. sup.* n° 108 déc. 1998, p. 1.
- (2) D. Velardocchio, art. cité plus haut.
- (3) V. note C. Champaud et D. Danet citée plus haut.
- (4) J. Mestre «L'égalité en droit des sociétés», *Rev. soc.* 1989, p. 399 ; M. Jeantin, Observation sur la notion de catégories d'actions, *D.95 chronique* p. 88 ; R. Vatinet, «Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit des sociétés», *LPA* 30 sept. 1998, p. 58.
- (5) Cass. crim. 4 févr. 1985, D. 85 p. 478 note D. Ohl.
- (6) Cass. com. 5 nov. 1985, *Bull. civ. IV* n° 260 ; Cass. 2° civ. 17 nov. 1993, *Bull. civ. II* n° 330.
- (7) CA Paris 26 déc. 1986, D.87, p. 344 note Jeantin ; *Gaz. Pal.* 87, 1, Note Bertin, p. 151 ; sur la caractérisation du litige et ses limites v. CA. Paris, 5 fév. 1986, *Gaz. Pal.* 86, 1, p. 244 ; *RTD civ.* 86, p. 798, obs. Normand.
- (8) Cass. com. 18 avr. 1961, *Bull. civ. III*, n° 175 ; D.61, p. 661 ; Cass. com. 8 janv. 1973, *Bull. civ. IV*, n° 13 et Cass. com. 7 juin 1980, *Rev. soc.* 81, p. 315.
- (9) Cass. com. 24 janv. 1995, *Bull. civ. IV* n° 27, *Bull. Joly* 95 p. 321, *Rev. sociétés* 95 p. 46 note Jeantin ; *Defr.* 95, p. 690 obs. J. Honorat ; *Dr. des soc.* 95, n° 102, obs. Vidal.
- (10) Rives-Lange J.-L., «L'abus de majorité», in «La loi de la majorité», *RJ com.* nov. 1991, n° spéc., p. 65.
- (11) Cass. com. 29 mai 1972 *JCP* 73 II 17 337 note Y. Guyon.
- (12) Cass. com. 21 oct. 1974 *RJC* 1975, p. 387, note Chartier.
- (13) R. Vatinet, «Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit des sociétés ?», *LPA* 30 sept. 1998, p. 58 et suiv.
- (14) Cass. com. 16 déc. 1992, *Bull. Joly* 1993, n° 95, p. 349, M. Jeantin ; *JCP éd. E, II*, 440, Th. Bonneau ; Paris 9 déc. 1994, *Bull. Joly* 95, p. 161, n° 42, P. Le Cannu ; *Rev. soc.* 95, p. 368, Y. G. Sur les limites de l'art. 145 NCPC, cf. CA Paris 16 déc. 1991 *Bull. Joly* 92, p. 294, n° 88, PLC ; CA Rennes 8 juil. 1992 *Dr. des soc.* 1993, n° 19, H. Le Nabasque.
- (15) CA Paris 24 janv. 1986 *Bull. Joly* 86, p. 389 ; v. aussi A. Viandier, «L'affaire du Progrès de Lyon et le droit des sociétés», *JCP Ed. com. et ind.* I 15739, p. 343.
- (16) CA Paris 1^{er} Ch. A 28 nov. 1990, *Dr. des soc.* 91, n° 70 *Bull. Joly* 91 p. 82 note Jeantin, D. 91 I.R., p. 41 ; *RJDA* 91 n° 119 et sur pourvoi Cass. 1^{er} civ. 16 déc. 1992 *Bull. Joly* 93 p. 349 note Jeantin, *RJDA* 93 n° 763, p. 665 *Dr. des soc.* 93, n° 54, obs. Le Nabasque, *BRDA* 93, n° 8, p. 11, *JCP éd. E* ; II, n° 440 obs. Bonneau.
- (17) Le droit positif impose une contexte contentieux qui se manifeste par la condition de l'existence d'un litige potentiel à objet et fondement suffisamment caractérisés, v. par ex : Cass. com. 5 nov. 1985 *Bull. Joly* 1986, p. 240 note Le Cannu ou encore par l'existence d'une prétention non manifestement vouée à l'échec Cass. civ. 29 avr. 1985, *Bull. civ. I* n° 131 ; *Gaz. Pal.* 1985, 2, somm. p. 298 obs. Guinchard.
- (18) CA Paris 3^e ch. A 1^{er} déc. 1992 D 93 jurisp. p. 301 note Gavalda, *RJDA* 93, n° 710, p. 625 *RTD com.* 94, p. 67 obs. Reinhard et sur pourvoi Cass. com. 14 déc. 93 *Bull. civ. IV*, n° 483 p. 353, D. 94 IR. p. 51, *JCP Ed. E* 94 pan. n° 252, *Bull. Joly* 94, n° 189, *RJDA* 94, n° 421, p. 325 *JCP éd. E* II n° 567 note Guyon, *Dr. soc.* 94, n° 59 ; CA Lyon 3^e ch. 31 mars 95 *JCP E* 96 pan. n° 337 ; voir aussi Le Cannu, «L'expertise de gestion et les filiales», *Bull. Joly* 94, p. 147.
- (19) Le fondement normal de l'action du ministère public résidant dans le contrôle de la transparence des opérations financières et de la protection de l'épargne au sens le plus général du terme, l'approbation quasi unanime des décisions des dirigeants par les actionnaires ne rend pas irrecevable la demande du Parquet : Tr. com., Paris 9 juin 1989, *Gaz. Pal.* 1989.2.812.
- (20) CA Paris 1^{er} ch. A 12 mars 1986 *Bull. Joly* 1986 p. 614 ; un nouveau pourvoi a été rejeté : Cass. com. 15 juil. 1987, *Bull. Joly* 1987, p. 703 note Le Cannu, *RTD com.* 88, p. 75 obs. Y. Reinhard.
- (21) Sur le caractère alternatif de ces conditions v. CA Paris 14^e sect. 9 déc. 1994 *Bull. Joly* 95 p. 160 Note Le Cannu ; Cass. com. 10 fév. 1998, *RJDA* 6/98 n° 736 ; Cass. com. 9 fév. 1999 *RJDA* 6/98 n° 736.
- (22) La modernisation du droit des sociétés, Rapport au Premier ministre par Ph. Marini, *Doc. Fr.*, p. 81.
- (23) L'avant projet de loi portant réforme du droit des sociétés présenté en novembre 1998 par le ministère de la Justice manifeste pourtant très clairement un souci de transparence de l'information par plusieurs dispositions nouvelles :

- représentant seuls ou groupés plus de 5 % du capital, les actionnaires peuvent demander par écrit des explications au président de la société sur des opérations de gestion : le seuil minimum de participation est donc réduit (de 10 à 5 %),

- l'assemblée générale doit approuver les comptes consolidés des groupes et non plus seulement ses comptes sociaux. V. M. Orange, «La réforme du droit des entreprises menace le pouvoir des PDG», *Le Monde* 17 nov. 1998.