

CHRONIQUE

DROIT DES SOCIÉTÉS



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

Responsabilité des administrateurs ou membres du directoire pour faute collective – Délai de prescription.

Cass. com. 30 mars 2010 n° 08-17.841, Fonds de garantie des dépôts (FGD) c/ Sté Caribéenne de conseil et d'audit : JCP 2010, éd. E, 1 416 note A. Couret.

« *Commet une faute individuelle chacun des membres du conseil d'administration ou du directoire d'une société anonyme qui, par son action ou son abstention, participe à la prise d'une décision fautive de cet organe, sauf à démontrer qu'il s'est comporté en administrateur prudent et diligent, notamment en s'opposant à cette décision.* »



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

L'affaire du Crédit Martiniquais n'est pas close. Cette banque (aujourd'hui Financière du Forum) connaissait une situation financière obérée en raison d'une insuffisance de provisions sur des dossiers de crédit compromis ; le conseil d'administration a arrêté les comptes infidèles de l'exercice 1996 résultant notamment de l'insuffisance de provisionnement de 800 000 000 francs, masquant ainsi l'apparition en comptabilité des difficultés de l'établissement. Le Fonds de garantie des dépôts (FGD) est intervenu à titre préventif pour couvrir l'insuffisance d'actifs de la banque puis a engagé une action en responsabilité contre les administrateurs qui, selon lui, avaient contribué de façon fautive et délibérée à l'avènement de la situation.

En première instance, le tribunal avait jugé que l'action intentée par le FGD contre les anciens dirigeants de droit ou de fait du Crédit Martiniquais était irrecevable, car prescrite par le jeu de la prescription triennale de l'action en responsabilité prévue par l'article L. 225-254 du Code de commerce¹. La cour d'appel de Paris avait confirmé le jugement pour un motif tiré des modalités d'application dans le temps de l'action nouvelle ouverte au FGD². La Chambre commerciale de la Cour de cassation avait cassé cet arrêt, considérant « qu'il résulte des termes mêmes de la loi du 25 juin 1999 que le législateur a entendu conférer au Fonds le pouvoir d'exercer à l'encontre des dirigeants des établissements de crédit à l'origine de la situation ayant rendu nécessaire son intervention, fût-ce à titre préventif, toutes les actions en responsabilité

déjà existantes, de sorte que l'action engagée ne se heurtait pas au principe [de non-rétroactivité] »³. Statuant sur renvoi, la cour d'appel de Versailles s'est prononcée dans un arrêt avant dire droit⁴, puis dans un arrêt au fond⁵ a, par application des dispositions relatives au secret bancaire, écarté des débats les rapports d'inspection de la Commission bancaire sur lesquels s'appuyait le FGD, qu'elle a débouté de toutes ses demandes faute de preuve des faits nécessaires au succès de ses prétentions.

Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 30 mars 2010 casse l'arrêt rendu par la cour d'appel de Versailles le 29 mai 2008 pour fausse application des dispositions relatives au secret bancaire ; par voie de conséquence, le chef de l'arrêt qui a rejeté toutes les demandes du Fonds à l'égard de toutes les parties est également cassé. Cet arrêt de cassation énonce sous forme de principe deux règles importantes sur la responsabilité individuelle des administrateurs et sur la prescription de l'action en responsabilité.

Sur la responsabilité individuelle des administrateurs

Les administrateurs et membres du directoire d'une société anonyme sont responsables, envers la société ou envers les actionnaires, des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, des violations des statuts et des fautes commises dans leur gestion (C. com. art. L. 225-251 et L. 225-256).

En cas de faute commise par le conseil d'administration ou par le directoire, la société ou l'actionnaire qui veut engager la responsabilité individuelle ou collective de membres de cet organe de direction n'est pas tenu d'apporter la preuve d'une faute individuelle. La Cour de cassation a introduit depuis plusieurs années une présomption simple de faute individuelle qui est formulée en l'espèce sous forme d'un principe général visant les deux modes de direc-

1. TGI Paris, 1^{er} ch., 1^{er} sect., 9 janvier 2002 : JCP E 2002, 206.

2. CA Paris, 15^e ch., sect. B, 13 décembre 2002 ; Bull. CNCC 2003, § 19, p. 143 s., note Ph. Merle.

3. Cass. com., 6 décembre 2005 : Bull. civ. IV, 2005, n° 239, p. 262 ; D. 2006, act. jurispr., p. 136, obs. V. Avena-Robardet ; Bull. Joly Bourse 2006, § 3, p. 31, note [crit.] Th. Bonneau ; RTD com. 2006, p. 177, obs. D. Legeais ; RDBF 2006, comm. 51, obs. F. Crédot.

4. CA Versailles, 13 décembre 2007 : RDBF 2007, comm. 173, obs. F. J. Crédot et Th. Samin.

5. CA Versailles, 29 mai 2008 : RDBF 2008, comm. 128, obs. F. J. Crédot et Th. Samin ; Banque et Droit septembre-octobre 2008, 26, obs. Th. Bonneau.

tion d'une société anonyme : « Commet une faute individuelle chacun des membres du conseil d'administration ou du directoire d'une société anonyme qui, par son action ou son abstention, participe à la prise d'une décision fautive de cet organe, sauf à démontrer qu'il s'est comporté en administrateur prudent et diligent, notamment en s'opposant à cette décision ». La doctrine a dégagé de cette évolution jurisprudentielle récente quelques lignes directrices : la désapprobation d'un membre du conseil ou du directoire ne peut se réduire à un vote hostile⁶, mais devrait faire l'objet d'une consignation au procès-verbal de la réunion du conseil d'administration, ou être suivie d'une démission de l'intéressé⁷. Il a été précisé dans un arrêt du 9 mars 2010 que « la mise en œuvre de la responsabilité des administrateurs et du directeur général à l'égard des actionnaires agissant en réparation du préjudice qu'ils ont personnellement subi n'est pas soumise à la condition que les fautes imputées à ces dirigeants soient intentionnelles, d'une particulière gravité et incompatibles avec l'exercice normal des fonctions sociales »⁸ : ces conditions ne sont exigées que pour la responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers ; il est également relevé dans cet arrêt qu'une démission tardive n'est pas une cause d'exonération de responsabilité : en cette espèce, l'administrateur a bien démissionné de son mandat mais la Cour de cassation, confirmant la condamnation prononcée par les juges du fond, le condamne car l'absence de sincérité des comptes, liée à l'adoption d'une méthode inadaptée dès le départ à la nature de l'activité de la société, ne pouvait échapper aux administrateurs avertis antérieurement à cette démission.

Sur la prescription de l'action en responsabilité

L'action en responsabilité contre les administrateurs se prescrit par trois ans à compter du fait dommageable ; si ce fait a été dissimulé, le point de départ est reporté au jour de sa révélation (C. com. art. L. 225-254). Une première précision est apportée en l'espèce par la Cour de cassation : « La prescription prévue par l'article L. 225-254 du code de commerce ne concerne que les agissements commis par les dirigeants de droit ». Il en résulte qu'à l'égard des dirigeants de fait, c'est le droit commun de la responsabilité qui a vocation à s'appliquer⁹ ; la prescription de cinq ans court à compter du jour où le titulaire du droit d'action a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer (C. civ., art. 2224).

En l'espèce, les juges du fond ont reporté le point de départ de la prescription triennale à l'égard des administrateurs de droit. Les administrateurs poursuivis ont formé un pourvoi en relevant que la victime n'avait pas caractérisé la volonté de chaque administrateur de dissimuler la décision fautive du conseil d'administration.

Le point de départ du délai de prescription se situe en principe au jour d'accomplissement de l'acte qui cause le dommage¹⁰ : en l'espèce, il s'agit du jour où s'est tenu le conseil d'administration arrêtant les comptes irréguliers.

Par exception, c'est la date de révélation du fait à l'origine de la responsabilité qui doit être retenue dès lors qu'il y a eu dissimulation¹¹. La notion de dissimulation au sens de l'article L. 225-254 du Code de commerce donne lieu à des jurisprudences divergentes. Certaines décisions se fondent sur une conception extensive de la dissimulation¹², alors que d'autres arrêts exigent une véritable volonté d'occulter le fait dommageable¹³.

La question pourrait être posée de savoir quel est l'objet de la dissimulation visée à l'article L. 225-254 : s'agit-il de la dissimulation de la décision fautive du conseil d'administration, décision collective prise par le conseil, ou de la dissimulation du fait fautif personnel et présumé de l'administrateur poursuivi à titre individuel en responsabilité ? La faute personnelle de l'administrateur peut consister à avoir contribué activement à la prise de décision collective. Elle peut aussi résulter d'un défaut de surveillance, ou de l'absence d'opposition personnelle à la décision du conseil. Un des moyens du pourvoi formé par un administrateur poursuivi en l'espèce faisait valoir que la prescription ne court à compter de la révélation du fait dommageable qu'à l'égard de celui qui a dissimulé ce fait. La Cour de cassation rejette ce moyen au motif qu'aucun des administrateurs n'ayant établi ni même allégué s'être opposé personnellement à l'arrêté des comptes irréguliers, « la cour d'appel a pu déduire la volonté de dissimulation de chacun des membres du conseil d'administration et a exactement retenu que le point de départ de la prescription triennale de l'action en responsabilité à leur rencontre devait être fixé à la date de la révélation du fait dommageable ».

Cette pétition de principe peut surprendre : le fait fautif reproché à chaque administrateur découle, selon la Haute juridiction, de l'absence d'opposition personnelle à la décision collective. Il résulte de cette analyse que le fait dommageable source de mise en cause de la responsabilité de l'administrateur n'est pas la faute présumée et individuelle de l'administrateur ; ce fait s'identifie à la gestion fautive menée collectivement par le conseil d'administration : les comptes infidèles avec insuffisance des provisionnements, votés par le conseil d'administration, ont masqué l'apparition en comptabilité des difficultés de l'établissement. C'est dès lors à partir du jour où les difficultés de l'établissement seront connues des tiers, après révélation par l'audit mené par la Commission bancaire des irrégularités comptables, que le délai de prescription

6. Ph. Merle, « Droit commercial, Sociétés commerciales », Précis Dalloz 13^e éd. n° 406 – P. Le Cannu, B. Dondero, « Droit des sociétés », Montchrestien, 3^e éd. 2009, p. 480.
7. En ce sens, « Mémento Sociétés commerciales », Éd. Francis Lefebvre, n° 8500 ; A. Couret, JCP 2010, éd. E, 1 416.
8. Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-21.547 et 08-21.793 ; JurisData n° 2010-001 500.
9. Cass. com., 21 mars 1995, n° 93-13.721 ; JurisData n° 1995-000674 ; Bull. civ. IV, 1995, n° 98 ; D. 1995, inf. rap. p. 112 ; Rev. soc. 1995, p. 501, note Saintourens. – V. sur ce point, A. Kirry et Ch. Monsallier Saint Meux, « Dirigeant de société et prise de risque » ; JCP E 2009, 1 223.

10. En ce sens : CA Paris, 29 novembre 1994 ; RJDA 1995, n° 163 ; JCP E 1995, I, n° 447, p. 136.
11. Cass. com., 23 octobre 1990, n° 89-14.721 ; JurisData n° 1990-002 650 ; Bull. civ. IV, 1990, n° 255 ; Bull. Joly sociétés 1990, p. 1036, note M. Jeantin.
12. Cass. com., 3 juillet 1984, n° 82-13.330 ; JurisData n° 1984-701 205 ; Bull. civ. IV, 1984, n° 211 ; Rev. soc. 1985, p. 422, note B. Bouloc ; CA Paris, 25^e ch. B, 14 décembre 2001, Slupowski c/Assolvre, RJDA 2002, n° 509, Bull. Joly sociétés 2002, p. 495, note J.-F. Barbieri, D. 2002, jur., p. 726, obs. A. Lienhard ; confirmé par Cass. com., 31 janvier 2006, n° 02-13.085, RJDA 2006, n° 7, p. 733, BRDA 2006, n° 7, inf. 7.
13. V. « Lamy Sociétés » 2010, n° 3477 ; v. en ce sens : Cass. com., 20 février 2007, n° 03-12.088 ; JurisData n° 2007-037 742 ; RJDA 2007 n° 1 116 – Cass. com., 31 janvier 2006 ; RJDA 7/06, n° 795.

va courir à l'égard de chaque administrateur. Sur ce fondement, la Haute juridiction relève que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la cour d'appel a estimé que le fait dommageable avait pu être révélé au plus tôt le 20 mai 1997, jour de la désignation de l'administrateur provisoire par la Commission bancaire. Ne pouvaient être prises en considération, comme le réclamaient les administrateurs, les révélations faites avant cette date dans des articles de presse des difficultés financières du Crédit martiniquais.

M. S.

Opération de *leverage buy out* (LBO) – Intervention d'un fonds commun de placement à risque (FCPR) par l'intermédiaire d'une société de gestion – Prise de contrôle de la société cible par le FCPR – Échec économique et financier de l'opération de LBO – Redressement puis liquidation judiciaire de la société cible – Licenciement de salariés de la société cible – Recours d'un salarié contre le liquidateur en qualités de la société cible – Licenciement sans cause réelle et sérieuse pour manquement du liquidateur de la société cible à l'obligation de reclassement du salarié (oui) – Condamnation de la société cible (oui) – Recours du salarié contre la société gestionnaire du FCPR – Confusion d'activités de la société gestionnaire du FCPR avec celle de la société cible (non) – Confusion des directions (non) – Confusion des intérêts (non) – Co-employeurs (non).

Cour d'appel de Douai du 27 novembre 2009, publié au *Bulletin* Joly mars 2010, § 60 p. 271, arrêt déjà commenté par A. Couret et B. Dundero dans la même revue.

Un salarié licencié à la suite d'une liquidation judiciaire résultant d'un échec d'une opération de *leverage buy out* (LBO) ne peut agir pour licenciement abusif que contre la société cible qui l'a engagée. Celle-ci a manqué à son obligation de reclassement, elle est condamnée à lui verser des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Mais, le salarié ne peut agir contre la société gestionnaire du fonds de commun de placement à risque (FCPR) qui a mené l'opération d'investissement et de prise de contrôle à 99,99 % de la cible. Elle n'est pas co-employeur. Ce gestionnaire ne fait même pas partie d'un groupe, constitué par les acteurs du LBO, qui constituerait l'espace de reclassement éventuel du salarié.

On savait l'échec d'une opération de *leverage buy out* (LBO) redouté des investisseurs comme des salariés. Les uns perdent leur argent, les autres leur emploi. L'arrêt commenté nous en apprend un peu plus sur la perception des juges des relations entre ces mêmes salariés et investisseurs et de leurs conséquences juridiques à l'occasion d'un tel échec. Il ressort en particulier de l'arrêt que l'utilisation d'un fonds de placement commun à risques (FCPR) par les investisseurs utilisant la technique du LBO permet de réduire les risques des poursuites des premiers contre les seconds. Même s'il n'est pas une personne morale interposée mais un sim-

ple instrument de placement et de gestion financier¹⁴, le FCPR fonctionne comme un écran particulièrement protecteur des intérêts du gestionnaire du fonds comme ceux des investisseurs. C'est un des apports importants de cette décision.

Pourtant, le salarié à l'origine de la procédure judiciaire n'avait pas ménagé ses efforts pour tenter d'atteindre ceux qui avaient initié l'opération qui a conduit à son licenciement. D'abord de façon assez classique lorsqu'un liquidateur licencie un peu rapidement pour des motifs économiques, le salarié faisait reproche au mandataire de ne pas avoir fait tous ses efforts pour tenter un reclassement dans l'entreprise. Le plan de sauvegarde de l'emploi (PSE), censé contenir des alternatives aux licenciements, s'est effectivement révélé particulièrement inconsistant. L'arrêt accueille le recours du salarié et fixe la créance salariale au titre des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Mais, l'intérêt de la décision n'est pas là.

Le salarié a aussi tenté d'atteindre par son action en justice les acteurs de l'opération de LBO, en particulier le gestionnaire du FCPR, la société Acland Capital Investissement. Pour y parvenir, le salarié a soutenu que grâce, en particulier, au FCPR Acland, Acland Capital Investissement avait exercé les pouvoirs d'un employeur sur les salariés de Sublistatic la société cible. Un second moyen était fondé sur l'existence d'un groupe formé à l'occasion de l'opération de LBO par Acland Capital Investissement, Sublistatic et d'autres sociétés intermédiaires, Augusta et Subliffin. Les deux moyens pour tenter de faire condamner les initiateurs de l'opération de LBO, soit en tant que co-employeurs soit en raison de l'existence d'un groupe ont échoué. Cet échec s'explique pour partie par la myopie des magistrats qui n'ont pas su ou voulu tirer toutes les conséquences juridiques des éléments qui auraient dû leur permettre d'identifier un co-employeur et même un groupe. Il est utile de revenir sur les raisons de ce refus d'identification.

Le refus d'identifier un co-employeur

Certes, ce qui détermine en premier la qualité d'employeur c'est l'existence d'un lien de subordination entre le salarié et l'entreprise. Le cœur de cette subordination réside dans l'exercice d'une autorité, qui se manifestera en particulier par des directives et des ordres donnés aux salariés dans l'exécution de leur travail. Dans des situations complexes, l'exercice du pouvoir peut être partagé entre plusieurs sociétés qui sont qualifiées de co-employeurs.

Pour qualifier la société Acland Capital Investissement de co-employeur aux côtés de la cible Sublistatic, société anonyme organisée sous la forme directoire-conseil de surveillance, le salarié faisait valoir que c'est elle qui donnait des ordres et des directives au personnel de la cible.

¹⁴. Les FCPR ont été créés par la loi n° 83-1 du 3 janvier 1983, aujourd'hui partiellement codifiée dans le Code monétaire et financier (Comofi), complétée par le décret n° 83-357 du 2 mai 1983. La loi n° 88-1201 du 23 décembre 1988, également codifiée dans le Comofi, régit désormais la matière. Le régime des FCPR est désormais fixé par deux séries de textes :
– les règles générales concernant tous les fonds communs,
– les règles communes à tous les OPCVM.

L'exercice de ce pouvoir commun se serait en particulier manifesté par le fait que c'était directement Acland Capital Investement qui avait communiqué ses décisions pour tenter de redresser la situation de Sublistatic et qui avait ensuite décidé de provoquer une procédure collective par une déclaration de cessation de paiement. Ce partage dans l'exercice des pouvoirs se serait trouvé particulièrement confirmé par l'identité des dirigeants personnes physiques. En effet, le directeur associé de Acland Capital Investissement était aussi président du Conseil de surveillance de la société Sublistatic.

Pour accréditer la thèse d'une intervention directe d'Acland Capital Investissement, le salarié soutenait que le président du Conseil de surveillance s'était immiscé dans l'exercice du pouvoir pour servir au mieux les intérêts de l'investisseur. Il y aurait eu ainsi un double dérapage : l'exercice normalement dévolu au Directoire de la SA aurait été confisqué par le président du conseil de surveillance et cela pour desservir l'intérêt social au profit d'un intérêt extérieur, celui d'Acland Capital Investissement.

Pour écarter cette thèse, la cour va recenser les multiples interventions directes et indirectes des dirigeants d'Acland Capital Investissement pour conduire ou infléchir la gestion de Sublistatic, pour les qualifier de légitime n'excédant pas un contrôle normal d'un représentant d'un fonds d'investissement ! Pourtant, dans l'examen judiciaire rapporté dans la décision, ce qui frappe c'est l'accumulation d'indices révélant que les dirigeants de Sublistatic étaient aux ordres de l'investisseur : interventions rapportées devant le comité central d'entreprise, référence fréquente des dirigeants de Sublistatic aux positions d'Acland Capital Investissement. Pour autant, les magistrats ne se laissent pas convaincre et refusent de reconnaître que la détention du pouvoir économique et financier révèle une qualité de co-employeur, ils vont considérer que Sublistatic est seule détentrice du pouvoir de direction et de contrôle, donc l'employeur.

Cette conclusion a de quoi inviter à la réflexion tant elle porte en elle une sérieuse contradiction. À l'évidence la longue liste des indices analysés révèle un déplacement de pouvoir réel de Sublistatic vers Acland de telle sorte que la Sublistatic était privée d'autonomie et que son avenir était dessiné par les décisions du gestionnaire de fonds. Mais, les magistrats se sont contentés de l'apparence juridique de normalité des relations entre sociétés et du fonctionnement des organes sociaux pour considérer que chacune des personnes conservait son autonomie. Elle écarte de la même façon tous les arguments relatifs à une confusion entre les deux sociétés des activités, des directions, et des intérêts qui seraient de nature à révéler des co-employeurs¹⁵.

Cette frilosité à reconnaître l'impact des rapports réels créés par l'opération financière sur les relations salariales se trouve confirmée par le refus de reconnaître l'existence d'un groupe formé par les acteurs du LBO.

15. Il faut bien reconnaître toutefois que l'argumentaire du salarié avait manqué en partie sa cible en ne se concentrant pas sur ce qui fait le noyau dur de la définition des co-employeurs : le partage d'une autorité à l'égard d'une communauté de salarié.

Le refus d'identifier un groupe

Tenter de reclasser le salarié dans le groupe quand il en existe un est une des conditions de validité d'un licenciement pour motif économique. Dans son appel, le salarié soutenait qu'en ne recherchant pas à le reclasser auprès d'Acland Capital Investissement, la société Sublistatic n'avait pas respecté l'obligation légale qui lui incombait en raison de son appartenance au même groupe. Mais, est ce que Sublistatic formait un groupe composé notamment d'Acland Capital Investissement ?

La difficulté pour apprécier le périmètre d'un groupe en matière de licenciement pour motif économique réside dans l'absence légale de définition du groupe. L'article L. 1233-3 du Code du travail qui impose le reclassement dans les entreprises du groupe n'en fournit pas. La jurisprudence ne facilite pas la recherche puisqu'elle se contente de définir le périmètre de reclassement, une fois les membres du groupe déterminés : les entreprises du groupe concernées par un éventuel reclassement du salarié sont celles dont les activités, l'organisation ou le lieu de travail ou d'exploitation permettent la permutation de tout ou partie du personnel¹⁶.

Pour démontrer l'appartenance des deux sociétés au même groupe, l'appelant évoque l'influence dominante d'Acland Capital Investissement sur la société Sublistatic grâce au montage contractuel mis en place à la faveur du LBO. À l'appui de la démonstration, il est ainsi fait allusion à l'une des définitions du contrôle de l'article L. 233-16 II 3° du Code de commerce utilisée en matière de consolidation des comptes : « le contrôle exclusif par une société résulte (notamment) du droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, lorsque le droit applicable le permet ». Pour écarter l'existence d'une domination d'Acland Capital Investissement sur Sublistatic, l'arrêt confronte la situation aux différentes définitions du contrôle contenues dans le Code de commerce. Les magistrats ne décèlent aucun contrôle de l'une sur l'autre au sens du Code de commerce. Ils relèvent en particulier qu'Acland Capital Investissement ne détenait aucune action de Sublistatic et qu'elle n'était que gestionnaire du FCPR. En l'absence de contrôle au sens du commerce, la cour d'appel considère que la situation ne révèle pas un groupe et qu'en conséquence l'obligation de reclassement était limitée à l'entreprise. Cette conclusion appelle trois observations critiques.

■ En reprenant des définitions du Code de commerce pour tenter d'identifier un groupe au sens du droit du travail, la cour d'appel commet une première erreur. Certes, le Code du travail ne fournit pas de définition du groupe et cela peut embarrasser. Mais, c'est alors au juge de rechercher dans la réalité quels sont les différents indices d'appartenance au groupe : stratégie commune, intérêt commun, activités similaires, relations de domination, dirigeants communs, participations capitalistiques, revendications publiques voire publicitaires d'appartenance à un groupe constituent un faisceau d'indices révélateur du groupe. Après avoir noué les fils juridiques mais aussi économiques et financiers reliant les membres du groupe, il faut

16. Cass. soc. 4 mars 2009, n° 07-42381.

ensuite définir le périmètre reclassement ou groupe de reclassement à l'intérieur duquel le reclassement du salarié menacé de licenciement doit être envisagé. Il faut regretter l'absence d'une telle analyse dans la décision. Cela est d'autant plus regrettable que cette omission vient se conjuguer à une seconde maladresse.

■ En effet, pour rejeter la qualification de groupe aux acteurs du LBO, les magistrats font référence à tort à un arrêt de la Cour de cassation par lequel la chambre sociale considère que la seule participation financière d'une société dans le capital d'une autre ne suffit pas à l'intégrer dans le périmètre de reclassement¹⁷. Certes, mais, cela ne signifie pas autant que cette participation financière n'est pas un indice de l'existence d'un groupe et que le gestionnaire de ce fonds n'est pas susceptible de faire partie du périmètre de reclassement ! Or, en l'espèce, le FCPR détient 99,99 % du Capital de Sublistatic par une cascade de deux filiales ! La participation financière d'Acland Capital Investissement était certainement un indice à prendre en compte pour apprécier l'existence d'un groupe.

■ Enfin, troisième erreur, considérant que la société Acland Capital Investissement n'est que le gestionnaire d'un FCPR, dont les fonds sont alimentés par des tiers investisseurs, il ne saurait être question pour les magistrats d'étendre le périmètre du groupe au gestionnaire qui ne détient aucune participation en capital ; c'est le FCPR qui détient les actions. En effet, la structure juridique du FCPR présente une caractéristique tout à fait originale. Il dispose d'un patrimoine propre, distinct de celui des souscripteurs et de celui du gestionnaire, mais n'a pas la personnalité morale. La doctrine s'accorde pour le qualifier de patrimoine d'affectation¹⁸. Les biens qui composent le patrimoine du FCPR sont affectés, gérés dans l'intérêt exclusif des souscripteurs. C'est une sorte de déclinaison de la notion du trust de droit anglais. Le gestionnaire du patrimoine d'affectation veille sur des investissements qui ne sont pas entrés dans son patrimoine. La dissociation du pouvoir et de la détention du capital, souvent pratiquée dans les montages en droit des sociétés, produit ici son plein effet. Pour la cour d'appel de Douai, Acland Capital Investissement n'étant pas titulaire, même indirectement, de la moindre action de Sublistatic, ne peut faire partie du groupe. Mais, comme le FCPR, pourtant titulaire indirectement de 99,99 % du capital, n'est pas une personne morale, il ne peut être non plus incorporé dans le périmètre du groupe. Alors que nous sommes bien en présence de plusieurs acteurs (les investisseurs, le gestionnaire, les sociétés intermédiaires, la société cible) aux intérêts très impliqués dans une dynamique commune inscrite dans des rapports de subordination, les magistrats se sont contentés de l'artifice du montage juridique pour refuser d'y voir un groupe.

Ainsi, il s'évince de l'arrêt qu'en combinant une opé-

ration de LBO avec l'intervention d'un FCPR, il devient possible d'échapper à un pan important du droit du licenciement pour motif économique : l'obligation de tenter de reclasser dans le groupe comme préalable à un licenciement. Pour des raisons critiquables !

Dans son arrêt Akzo Nobel du 10 septembre 2009, la Cour de justice des communautés européennes de Luxembourg a fait preuve d'un tout autre réalisme juridique en considérant qu'une filiale détenue à 100 % par une société mère ne pouvait avoir d'autonomie et que les deux sociétés formaient une seule et même entreprise au sens du droit communautaire de la concurrence. Une décision de justice de grande qualité se distingue, notamment, par son réalisme et son audace intellectuelle !

Q. U.

Société en sommeil – Dissolution – Juste motif – Impossibilité pour la société de fonctionner normalement (C. civ., art. 1844-7 5°).

Cass. com., 23 mars 2010, n° 08-22 073, inédit¹⁹

Doit être cassé l'arrêt qui a prononcé la dissolution d'une société en sommeil par des motifs impropres à établir l'impossibilité pour cette société de fonctionner normalement.

Aucune disposition légale n'interdit la mise en sommeil d'une société²⁰. Cette expression recouvre la situation de la société qui interrompt ses activités économiques, sans qu'une décision de dissolution n'ait été adoptée²¹. La société peut donc demeurer en quelque sorte en état « hibernation » pendant plusieurs années. Cette société n'est pas pour autant devenue fictive, car il lui est possible d'être réveillée à tout moment par l'un des associés²². Certes, cette cessation d'activité doit faire l'objet d'une inscription modificative au registre du commerce et des sociétés (RCS) et la société s'expose à une radiation d'office (C. com., art. R. 123-129)²³. Mais nonobstant cette radiation, la société ne perd pas sa personnalité morale²⁴.

Aussi peut-on s'interroger sur le point de savoir si cette mise en sommeil peut être une cause de dissolution de la société. Dans un arrêt du 23 mars 2010, la chambre commerciale de la Cour de cassation y apporte une réponse dans une affaire opposant deux sociétés, associés d'une SARL. L'associé majoritaire était en liquidation judi-

19. JCP E 2010, 1449, note A. Viandier.

20. Sur les sociétés en sommeil, v. P. Diener, « Un abus de personnalité morale, les sociétés en sommeil » in « Dix ans de droit de l'entreprise », Litec, 1978, p. 83 ; G. Notté, « Les sociétés en sommeil », JCP G. 1981, I, 3 022 ; J.-M. Rocchi, « Le rachat des coquilles, une pompe à fonds propres », MTF septembre 1994, n° 63, p. 41. M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, « Droit des sociétés », Litec 22^e éd. 2009, n° 481.

21. Il convient d'observer qu'une société peut être également constituée en sommeil, en attente d'une activité.

22. CA Paris, 29 sept. 1995 : Bull. Joly sociétés 1995, § 387, p. 1080, note C. Prieto.

23. Dans les trois mois de l'inscription le greffier peut procéder à la radiation d'office. Si dans les deux ans près la mention au RCS de la cessation totale d'activité, le greffier constate l'absence d'inscription modificative relative à une reprise d'activité, il saisit après en avoir informé la société le juge commis à la surveillance du registre du commerce, aux fins d'examen de l'opportunité d'une radiation.

24. Cass. com., 20 février 2001, n° 97-22.019 : JCP E 2001, p. 1532, note J.-P. Legros.

17. Cass. soc. 27 octobre 1998, n° 96-40 626, JSL n° 25-14 ; Cass. soc. 28 avril 2000, n° 98-40 155

18. V. Jestaz Ph., « Fonds communs de placement » RTD civ. 1980, p. 180 ; Th. Bonneau « Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances et de droit civil », RTD civ., 1990, janvier-mars 1991, n° 45 ; Nizard F., « Les titres négociables », Revue Banque Éd. Economica, 2003, n° 88.

ciaire et assignait son co-associé en dissolution de la SARL pour juste motif. Un certain nombre d'éléments avaient été avancés au soutien de la dissolution : la société n'était plus administrée depuis plus de dix ans en raison des problèmes de santé de sa gérante, aucune assemblée n'avait été convoquée pour statuer sur les comptes sociaux et, qui plus est, cette société avait été radiée du RCS. Par ailleurs, un immeuble social s'était dégradé et les offres de cession de parts sociales étaient restées lettres mortes. Aussi, la cour d'appel (Aix-en-Provence, 27 juin 2008) avait-elle cru pouvoir déduire de l'état de déréliction de l'activité sociale associé à la liquidation judiciaire du principal porteur de parts de la société, un juste motif de dissolution au sens de l'article 1844-7 5° du Code civil. La Cour de cassation a cassé l'arrêt pour manque de base légale, reprochant à la cour d'appel de s'être déterminée « par de tels motifs impropres à établir l'impossibilité pour la société de fonctionner normalement ». Cette solution s'inscrit dans la lignée des rares arrêts rendus relativement aux sociétés en sommeil²⁵ dans lesquelles, la Cour de cassation a refusé leur « condamnation à mort » par dissolution.

D'emblée, il convient de souligner que la mise en sommeil ne figure pas, en tant que telle, au nombre des causes de dissolution des sociétés²⁶. Aussi, la dissolution doit-elle participer de l'une des causes de droit commun énoncées à l'article 1844-7 du Code civil. Ainsi, l'absence d'activité qui la caractérise peut coïncider avec la réalisation ou l'extinction de l'objet social, cause de dissolution de plein droit visée à l'article 1844-7 2°. Par ailleurs, si les conditions posées par le Code de commerce sont réunies, elle peut faire l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire, à laquelle fait référence l'article 1844-7 7°. Il peut encore s'agir, comme en l'espèce, d'une « dissolution anticipée prononcée par le tribunal à la demande d'un associé pour justes motifs, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé, ou de mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société », conformément à l'article 1844-7 5°.

Encore faut-il que la société remplisse une condition précisée par l'arrêt du 23 mars 2010, à savoir qu'elle soit dans l'impossibilité de fonctionner normalement. D'où la question de savoir ce que recouvre cette notion d'« impossibilité de fonctionnement normal ». Avant de tenter d'y répondre, il importe de remarquer que les hauts magistrats n'ont pas fait ici référence à la « paralysie du fonctionnement » de la société, sans que l'on puisse déterminer avec certitude la signification de ce changement de registre. Convient-il d'y déceler le souci de prévenir la confusion, car la mise en sommeil n'est-elle pas une forme de paralysie? Ou bien, convient-il d'y trouver le signe d'une lecture grammaticale de l'article 1844-7 5° rattachant la paralysie à la situation de mésentente?

Bien que la notion d'impossibilité de fonctionnement normal d'une société puisse théoriquement recouvrir deux conceptions, les solutions précédemment rendues au sujet de la dissolution pour juste motif appellent à être appliquées en tant que de raison au cas particulier de la société en sommeil. Selon une conception économique, tant que la situation financière de la société n'est ni désespérée ni même compromise, la dissolution ne peut être prononcée. Cette solution n'a cependant pas obtenu les faveurs de la Cour de cassation, cette dernière ayant admis que la dissolution n'est pas subordonnée à l'état de péril ou de ruine de la société²⁷. Elle lui préfère une conception « organique » ou « mécanique »²⁸, selon laquelle l'impossibilité de fonctionnement normal doit s'entendre de l'absence d'organes sociaux²⁹ ou bien du blocage de ceux-ci³⁰. La dissolution s'avère en ce cas nécessaire, car une société ne peut fonctionner sans ses organes.

Il importe toutefois qu'il y ait bien impossibilité et non simple difficulté à faire fonctionner la société. C'est d'idée du caractère total et irrémédiable de la situation, déjà rencontrée dans le passé en jurisprudence³¹. En revanche, la durée du sommeil n'indique pas, à notre sens, une situation structurellement irréversible. Il en va de même de la radiation du RCS, car il suffit d'une nouvelle immatriculation pour réactiver la société. En l'espèce, les organes existaient bel et bien et, selon le moyen, aucune mésentente n'avait assombri les relations entre les deux associés au point de rendre impossible l'adoption de toute décision sociale. Par ailleurs, aucune difficulté à dégager une majorité n'était à déplorer, alors que précisément l'associé majoritaire demandait la dissolution. Surtout les requérants n'avaient pas qualifié cette impossibilité de fonctionnement normal.

Comment alors mettre en évidence cette situation? Le test à réaliser est relativement simple et consiste à se demander ce qui se passerait si la société venait à être immédiatement réveillée. Pourrait-elle fonctionner normalement? Dans l'affirmative, il n'y aurait pas de juste motif de dissolution. Mais cette impossibilité ne saurait à notre sens être déduite de simples manifestations exprimant son état de sommeil, telle que l'absence de tenue d'assemblée. Tant que les organes vitaux de la société ne sont pas irréversiblement atteints, elle est en mesure de fonctionner. Et à y regarder de plus près, une atteinte affectant les organes vitaux ne devrait pas pouvoir découler du sommeil lui-même, mais d'événements trouvant leur source antérieurement à l'endormissement.

C'est pourquoi, les sociétés ayant cessé leur activité paisiblement peuvent continuer à dormir profondément. ■

I. R.

25. Cass. com., 17 janvier 1977: Bull. civ. IV, n° 15; Gaz. Pal., 1978, 2, p. 519, obs.

J. Guyénot; D. 1977, I.R. p. 311, obs. J.-C. Bousquet; JCP Cl., 1978, II, 12 653 V. également Cass. 1^{re} civ., 26 novembre 1975: RTD com., 1976, p. 109, obs. C. Champaud; Cass. com., 17 janvier 1978, Rev. sociétés 1979, p. 479.

26. Cass. 1^{re} civ., 26 novembre 1975, Cass. com., 17 janvier 1977; Cass. com., 17 janvier 1978, précités. V. J. G. « La mise en sommeil d'une société est-elle une cause de dissolution? », Petites affiches, 31 août 1979.

27. Cass. com., 7 juillet 2009, n° 08-17.753; RJDA 1/10, n° 37; JurisData n° 2009-049 192.

28. A. Viandier, note précitée.

29. V. par exemple: Cass. 1^{re} civ., 24 mars 1998, n° 95-17.801 et 95-20.350; RJDA 6/98, n° 724 (absence de gérant); Cass. 3^e civ., 3 juin 2009, n° 08-15.542 (absence d'assemblées générale).

30. V. par exemple, CA 5 mars 2002: JurisData n° 2002-188 919 pour une impossibilité de prendre des décisions collectives.

31. V. A. Viandier, note précitée.