

Les droits des minoritaires (droit français des sociétés)

M. Michel Germain

Citer ce document / Cite this document :

Germain Michel. Les droits des minoritaires (droit français des sociétés). In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 54 N°2, Avril-juin 2002. pp. 401-413;

doi : <https://doi.org/10.3406/ridc.2002.18750>

https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2002_num_54_2_18750

Fichier pdf généré le 09/04/2018

LES DROITS DES MINORITAIRES (DROIT FRANÇAIS DES SOCIÉTÉS)

Michel GERMAIN *

1. Le droit des minoritaires est une question classique du droit des sociétés et la loi de 1966, récemment codifiée dans un nouveau Code de commerce, s'est attachée à organiser des instruments de protection des minoritaires. Depuis cette date, la loi et, surtout la jurisprudence, ont peu à peu affiné et renforcé cette protection des minoritaires, dans un mouvement lent, mais effectif. Cette évolution est plus sensible et plus forte dans le droit des sociétés cotées et s'exprime, par exemple, dans des réglementations particulières de l'offre publique d'achat et de la garantie de cours. Mais dans la pensée juridique française ces règles nouvelles s'expliquent plus par les exigences d'un marché financier que l'on veut rendre attractif pour tous ses acteurs que pour des raisons spécifiques du droit des sociétés. Il est possible que l'on s'aperçoive plus tard qu'il ne s'agit là que d'une phase première préfigurant l'évolution à venir du droit des sociétés mais, pour le moment, ces deux domaines sont distincts et, sauf exceptions, l'on n'évoquera pas plus ce droit spécifique des sociétés cotées.

2. Avant d'exposer le droit positif existant en la matière, il paraît intéressant de considérer de manière un peu générale les droits des minoritaires. Trois observations préliminaires méritent d'être présentées. On y trouvera mélangés à la fois des traits de ce qui semble être une évolution mondiale et des particularités propres au droit français des sociétés.

3. La première observation touche au *fondement des droits* de la minorité. L'idée habituellement reçue est que la majorité des actionnaires exprime la volonté de la société et que la soumission des minoritaires

* Professeur à l'Université de Paris II.

n'est voulue et consentie que parce que la majorité est présumée respecter les intérêts de la collectivité¹. En conséquence, la minorité ne peut normalement pas contester l'appréciation portée par la majorité sur l'intérêt collectif ni sur le choix de la politique à suivre. La minorité agira seulement comme « organe » de contrôle de la dérive éventuelle de l'action des majoritaires. Mais ce contrôle sera relativement difficile à mettre en œuvre, car la minorité n'agit qu'à titre subsidiaire dans l'organisation des pouvoirs de la société². Si la minorité se voit ainsi reconnaître une certaine possibilité d'intervention, le niveau même des droits qui doit lui être reconnu n'est pas facile à fixer de manière équilibrée. Comme le dit le Professeur Paul Didier, dans un système majoritaire la répartition des voix est proportionnelle à la part de chacun dans le capital social. Or la règle de proportionnalité « devient d'une application difficile et même impossible dès qu'il s'agit de la répartition du pouvoir. En effet les voix, si elles se comptent aisément se pèsent difficilement, car leur poids ne dépend pas de leur valeur intrinsèque mais de leur distribution. Un associé qui détient 40 % du capital et qui, à ce titre, assume 40 % de la perte éventuelle risque de ne peser d'aucun poids dans les délibérations ordinaires si les 60 % autres sont entre les mains du même actionnaire ou du même groupe d'actionnaires. D'où la coupure de la société en deux. On voit alors apparaître un nouveau problème d'agence. Les majoritaires sont en charge des minoritaires et sont, en quelque sorte, sinon leurs mandataires, du moins leurs agents »³. La pensée juridique française n'a pas encore développé cette idée de manière rationnelle mais certains conflits d'intérêts reconnus par le droit français (vote d'approbation à l'assemblée générale des conventions passées entre la société et ses administrateurs) sont l'expression de cette réalité. L'avenir dira jusqu'où il sera nécessaire de faire des majoritaires les gardiens de l'intérêt des minoritaires. Dans une vue économique des choses, la limite extrême sera le moment où la charge de la qualité de majoritaire dépassera l'intérêt que l'on peut en retirer. Ce moment ne paraît pas prêt d'arriver dans les économies modernes.

4. La seconde observation est que la réalité économique des sociétés est diverse et que selon celle-ci les droits des minoritaires ont une portée et une efficacité très variables. Malgré les progrès de la mondialisation, l'on distingue encore les deux figures d'un *capitalisme financier anglo-américain* et d'un *capitalisme rhénan*⁴. Dans le premier cas, un grand nombre d'actionnaires issus du marché choisit une équipe de dirigeants. Dans le second cas, l'actionnariat est plus concentré et les banques participent pour une part plus importante au financement des sociétés. Des blocs importants d'actionnaires peuvent contrôler la société et choisir leurs représentants comme dirigeants. Les sociétés françaises se partagent entre ces deux situations avec une infinité de nuances possibles. Mais il va de

¹ D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité*, 1969, n° 108.

² D. SCHMIDT, *op. cit.*, n° 300.

³ P. DIDIER, « Théorie économique et droit des sociétés », *Études Sayag*, 1997, p. 239.

⁴ V. MAGNIER, *Rapprochement des droits dans l'Union européenne et viabilité d'un droit commun des sociétés*, 1999, n° 432.

soi que l'architecture juridique imposée par la loi et la jurisprudence a un sens tout différent selon la situation concrète en cause. Une illustration parmi d'autres : la responsabilité des dirigeants est une menace beaucoup plus réelle dans un capitalisme financier, de la part des actionnaires, que dans un capitalisme bancaire de prêteurs, qui n'agissent en responsabilité que lorsqu'ils craignent pour leurs créances, au moment de la cessation des paiements de la société. C'est ainsi qu'en France les dirigeants voient plus souvent leur responsabilité mise en cause par les créanciers dans le cadre d'une action en comblement de passif en cas de cessation des paiements de la société que par les actionnaires d'une société qui serait « *in bonis* ».

5. La réalité économique, par delà les différences d'un actionnariat plus ou moins concentré, peut offrir un autre visage original, celui du *groupe de sociétés*. Dans le groupe, les minoritaires courent des risques structurels dus à leur situation très marginale par rapport à l'intérêt des majoritaires, qui s'identifie à l'intérêt du groupe. La situation est certes celle de tous les minoritaires, mais elle est virtuellement plus dangereuse que dans une société purement indépendante. Le droit français n'a pas prévu dans ce cas de protection spécifique, comme a pu le faire le droit allemand. Il faut cependant noter que dans un récent rapport sur la réforme des sociétés, demandé par le Premier Ministre à un Sénateur, M. Ph. Marini, ce thème est abordé pour la première fois en France : à l'instar du droit allemand, un groupe à structure contractuelle « devrait être organisé par la loi. Il reviendra à celle-ci de garantir la libre circulation des actifs et de la société mère, la protection des créanciers et des actionnaires minoritaires »⁵. Il est vrai que l'évolution législative qui suivra et le changement de majorité parlementaire rendront ce rapport pour une part caduc. Mais il n'en reste pas moins une référence, qui pourrait sur ce point servir dans l'avenir.

6. La troisième observation est que *l'idéologie du « corporate governance »* a encore peu transformé les relations des minoritaires avec leur société. L'idée première en France, énoncée dès 1993 par la COB, était d'ailleurs justement que le droit des sociétés n'oblige à rien sur ce point. Pourtant depuis cette époque, la loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001 s'est efforcée de diviser le pouvoir des dirigeants pour permettre un contrôle plus efficace de ces derniers. C'est ainsi que maintenant notre ancien président directeur général, selon l'appellation traditionnelle qui était la sienne, peut voir ses fonctions dissociées et que peuvent lui être substituées deux personnes, un président du conseil d'administration et un directeur général (art. L. 225-51-1 du Code de commerce). C'est ainsi que maintenant le conseil d'administration a une compétence plus nettement affirmée de contrôle du directeur général (art. L. 225-35 du Code de commerce). Mais ces deux innovations ne garantissent pas véritablement une présence plus forte des minoritaires, dans la mesure où ce contre-pouvoir est organisé au sein même des pouvoirs

⁵ Ph. MARINI, *La modernisation du droit des sociétés*, 1996, p. 81.

d'administration et de direction. Il s'agit d'une garantie contre le pouvoir absolu ; il ne s'agit pas d'une protection spécifique des minoritaires.

7. L'analyse du droit positif est délicate, car il faut écarter les droits qui sont à l'évidence des droits de tous les actionnaires, comme il en va du droit de vote, quand ils n'apportent aucun pouvoir réel aux minoritaires. Mais il faut retenir des droits, qui sont particulièrement utilisés par les minoritaires, même s'ils sont ceux de tous les actionnaires. Il s'agira d'abord de droits de contrôle, qui touchent à l'information et ensuite de la possibilité d'agir — essentiellement en justice —.

I. L'INFORMATION

8. Les droits d'information des minoritaires sont assez naturellement liés aux droits politiques des actionnaires, qui s'expriment par le droit de voter à l'assemblée générale : un vote éclairé nécessite une information de qualité. Cette liaison fait qu'un système d'information est tout particulièrement organisé par la loi avant l'assemblée générale. Mais de même que le droit de vote des actionnaires, qui est attribué à tous les actionnaires, n'est pas ici évoqué, il n'est pas plus question d'analyser dans ce rapport le droit d'information obligé de tous les actionnaires. En revanche il est plusieurs modalités d'information originales qui peuvent tout particulièrement servir aux actionnaires minoritaires.

A. — *Les questions écrites antérieures à l'assemblée générale*

9. Tout actionnaire a la faculté de poser par écrit des questions auxquelles le conseil d'administration doit répondre au cours de l'assemblée générale (art. L. 225-108 du Code de commerce). Ce droit s'ouvre en pratique à dater du jour où une assemblée a été convoquée. A défaut d'autres précisions, les actionnaires peuvent poser leurs questions jusqu'à l'ouverture des débats. La loi ne précise pas plus le contenu des questions, mais la relation entre l'assemblée générale et ce droit offert aux actionnaires est tel que les questions posées doivent être en rapport avec l'ordre du jour de l'assemblée générale. La loi précise que le conseil d'administration répond aux questions au cours de l'assemblée générale, mais le point de savoir si le conseil d'administration a répondu de manière suffisante à la question posée pourra donner lieu à discussion. Cette difficulté trouve sa solution dans un autre type de questions qui sera évoquée par la suite (v. n° 11) et qui peut donner lieu, si la réponse n'est pas satisfaisante, à une expertise demandée au juge. Mais le champ d'application de cet autre type de questions ne recoupe pas le domaine de ces questions liées à l'ordre du jour de l'assemblée générale.

B. — *Les questions sur « tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation »*

10. En même temps qu'était mis en place par une loi du 1^{er} mars 1984 un système permettant d'alerter la société sur des difficultés à venir,

pour que celle-ci réagisse à temps, une nouvelle disposition de la loi de 1966 devenue l'article L. 225-232 du Code de commerce donne la possibilité de poser par écrit des questions sur « tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation ». Ce droit est ouvert à un ou plusieurs actionnaires détenant au moins 5 % du capital social, ainsi qu'aux associations d'actionnaires de l'article L. 225-120 du Code de commerce (v. n° 15). La question est adressée au président et non au conseil d'administration. Ce droit peut être exercé deux fois par exercice. La réponse doit être donnée par écrit, dans le délai d'un mois et communiquée, dans le même délai et en même temps que le texte de la question, au commissaire aux comptes. Cette procédure, qui vise à attirer l'attention des dirigeants sur la gravité de la situation en leur demandant des informations, est assez illusoire et peu utilisée.

C. — *Les questions sur « une ou plusieurs opérations de gestion »*

11. Cette troisième procédure est d'un usage plus fréquent et d'un intérêt réel pour les minoritaires. L'origine de cette procédure se trouve dans ce que la doctrine appelait au lendemain de la loi de 1966 « expertise de minorité » et qui fut appelée après « expertise de gestion », dans la mesure où elle a été par la suite ouverte à d'autres acteurs juridiques que les minoritaires : ministère public, COB, comité d'entreprise. L'expertise de minorité a été créée par la loi de 1966 à la suite d'un débat parlementaire portant sur l'opportunité de la création d'un commissaire aux comptes particulier de la minorité. Cette direction n'a finalement pas été suivie, car l'idée même d'un commissaire aux comptes a paru contradictoire avec une limitation de sa mission aux seuls intérêts de la minorité. L'expertise de gestion, qui avait pris la suite de l'expertise de minorité, permettait la nomination d'un expert nommé par le tribunal chargé de faire un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion de la société. Cette institution, qui a connu un succès certain, vient d'être modifiée par la loi du 15 mai 2001.

12. En effet maintenant, quand cette procédure est mise en œuvre par les minoritaires, ce qui est la situation la plus générale, ces derniers doivent commencer par poser une demande écrite d'information auprès du président, relativement à une ou plusieurs opérations de gestion de la société concernée et des sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce. Cette question peut être posée par un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital social ou par une association d'actionnaires de l'article L. 225-120 du Code de commerce (v. n° 15) (art. L. 225-231 du Code de commerce). L'on peut raisonnablement penser que la jurisprudence née précédemment au moment de la nomination de l'expert de gestion vaut de la même manière pour la recevabilité de la question, qui est maintenant un préliminaire obligé de l'expertise de gestion⁶. Dans cette ligne, il faut donc considérer que

⁶ RIPERT et ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. 1, vol. 2, 2002, n° 1746-1.

le président doit répondre, même si l'actionnaire qui pose la question n'a pas épuisé tous les autres moyens d'information. Il suffit que ce dernier démontre son intérêt précis à être informé sur des opérations suspectes susceptibles d'être contraires à l'intérêt social. Le président n'a pas à répondre si les griefs sont trop généraux et manquent de sérieux. L'interrogation ne peut pas porter sur l'ensemble de la gestion, mais simplement sur une ou plusieurs opérations de gestion, précisément délimitées. La jurisprudence antérieure estimait que les opérations qui relèvent de la compétence de l'assemblée générale ne peuvent pas donner lieu à expertise. Elles ne devraient donc pas donner lieu à interrogation du président. Cette limitation se comprend : la loi n'évoque que la gestion, qui est le monopole des organes de direction et d'administration et il est donc normal que ce soit seulement sur leurs décisions que l'information doit porter. Il n'est cependant pas sûr que cette vue des choses soit conforme aux intérêts des minoritaires. Les assemblées générales peuvent à posteriori faire naître des interrogations qui resteront sans réponse.

13. A défaut de réponse par le président dans le délai d'un mois ou à défaut de communication d'éléments de réponse satisfaisants, les actionnaires qui ont posé la question peuvent demander en référé la désignation d'un ou plusieurs experts chargé de présenter un rapport sur la question posée. Le rapport d'expertise est déposé au greffe. Il est communiqué aux demandeurs. Il est annexé au rapport établi par le commissaire aux comptes en vue de la prochaine assemblée générale et doit recevoir la même publicité.

D. — *Le droit de communication permanent*

14. Il peut être exercé par tout actionnaire et à toute époque. Il porte sur les documents suivants des trois derniers exercices : les inventaires et les comptes annuels, les comptes consolidés, la liste des administrateurs, les rapports du conseil d'administration, le texte et l'exposé des motifs des résolutions proposées, les renseignements concernant les candidats au conseil d'administration, le montant global certifié exact par les commissaires aux comptes des rémunérations versées aux dix ou cinq personnes les mieux rémunérées, les procès verbaux des assemblées tenues au cours des trois derniers exercices, les feuilles de présence à ces assemblées⁷. L'on notera que cette dernière indication peut être particulièrement précieuse pour les minoritaires dans les sociétés cotées, dont les titres sont au porteur. C'est en effet pour eux le seul moyen de connaître l'identité des autres actionnaires, mais ce moyen est naturellement limité aux actionnaires qui ont participé à l'assemblée générale. Dans les sociétés non cotées en revanche, la liste de tous les actionnaires est arrêtée par la société le seizième jour qui précède la réunion de l'assemblée. Tout actionnaire peut en prendre connaissance avant l'assemblée (art. L. 225-116 du Code de commerce).

⁷ V. MERCADAL et JANIN, *Sociétés commerciales*, 2002, n° 10310.

II. L'ACTION

15. Les actionnaires peuvent aussi agir dans la société. C'est à propos de leur action qu'il est tout particulièrement intéressant de signaler l'existence d'*associations d'actionnaires*, car c'est dans ce champ de compétence que la loi leur a surtout conféré des droits ou qu'elles ont exercé leurs droits. La loi a créé deux catégories spécifiques d'associations : les associations d'actionnaires et les associations d'investisseurs. Les associations d'actionnaires regroupent les actionnaires d'une même société dont les titres sont cotés sur un marché réglementé, justifiant d'une inscription nominative depuis deux ans au moins et détenant ensemble au moins 5 % des droits de vote (art. L. 225-120 du Code de commerce). Ces associations doivent communiquer leurs statuts à la société concernée et à la COB. Elles peuvent convoquer l'assemblée générale, requérir l'inscription à l'ordre du jour de projets de résolution, demander la récusation pour juste motif d'un ou plusieurs commissaires aux comptes (v. n° 17), demander en justice la désignation d'un ou plusieurs experts, chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion (v. n° 12), poser par écrit deux fois par exercice des questions au président sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation (v. n° 10), demander à ce que les commissaires aux comptes soient relevés de leurs fonctions et intenter une action sociale en responsabilité contre les dirigeants (v. n° 17). Les associations d'investisseurs (art. L. 452-1 du Code monétaire et financier) regroupent sur le modèle des associations de consommateurs des investisseurs de toutes entreprises. Elles sont soumises à une procédure d'agrément délivrée par le ministre de l'Economie et des Finances. Deux associations ont obtenu cet agrément. Elles peuvent agir en justice relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des investisseurs. Elles peuvent aussi agir en réparation de préjudices individuels, si elles ont reçu mandat d'au moins deux actionnaires ayant subi ces préjudices. L'action effective de ces associations créées par la loi semble limitée, au regard de la stratégie développée par des associations de droit commun (loi de 1901), à qui il suffit d'acquérir une action d'une société pour pouvoir exercer tous les droits qui découlent de la qualité d'actionnaires⁸. Une association de droit commun, l'ADAM (Association des actionnaires minoritaires) est ainsi très présente dans certains contentieux ou dans certains conflits concernant principalement des sociétés cotées.

16. Par delà l'existence éventuelle de ces associations, les actionnaires se sont vu reconnaître par la loi des pouvoirs de plusieurs ordres : des pouvoirs au sein de la société et des pouvoirs permettant d'agir en justice, selon les deux grandes catégories de l'action en responsabilité et de l'action en nullité.

⁸ V. « Les associations d'actionnaires et d'investisseurs », *Rev. Soc.* 1995, p. 207 ; LE BARS, *Les associations de défense d'actionnaires et d'investisseurs*, Thèse Paris I, 1998.

A. — *Les pouvoirs au sein de la société*

17. La loi de 1966, améliorée sur ce point en 1984, a donné aux minoritaires toute une série de droits, qui leur permet d'intervenir dans l'organisation de la société et de concurrencer ainsi le pouvoir majoritaire dans sa sphère de compétence normale. Les minoritaires peuvent déjà demander la désignation en justice d'un *mandataire chargé de convoquer une assemblée* générale (art. L.225-103 du Code de commerce). Ce droit est réglementé de manière restrictive, dans la mesure où il faut passer par une demande en justice pour obtenir la convocation de l'assemblée générale. En cas d'urgence, la demande peut être présentée par tout intéressé. Dans les autres hypothèses, le ou les demandeurs doivent être actionnaires et détenir au moins 5 % du capital social (v. aussi au n° 15 le rôle des associations d'actionnaires dans les sociétés cotées). Le tribunal n'est pas tenu de faire droit à la demande. Les minoritaires peuvent ensuite *demandeur l'inscription à l'ordre du jour d'un projet de résolution* (art. L. 225-105 du Code de commerce). Le ou les demandeurs doivent représenter au moins 5 % du capital social (v. aussi au n° 15 le rôle des associations d'actionnaires dans les sociétés cotées). Il faut en second lieu que la demande soit présentée suffisamment à l'avance pour que l'ajout proposé soit porté à la connaissance des autres actionnaires. Ce second aspect est traité de manière contradictoire par le décret d'application et mériterait d'être revu par le pouvoir réglementaire⁹. De toutes façons, cette possibilité d'intervention paraît encore rarement utilisée par les minoritaires. Les minoritaires peuvent enfin *demandeur en justice la récusation ou la révocation du commissaire aux comptes*. Ces actions sont ouvertes aux actionnaires représentant au moins 5 % du capital social (v. aussi au n° 15 le rôle des associations dans les sociétés cotées). La récusation permet d'écarter un commissaire aux comptes suspect de manquer de compétence ou d'indépendance à l'égard des actionnaires majoritaires et des dirigeants. Le tribunal a un pouvoir d'appréciation. L'action doit être intentée dans le délai de trente jours à compter de la désignation. Quant à la révocation du commissaire aux comptes, elle sera demandée au tribunal pour faute ou empêchement. Ces deux dernières actions, récusation et révocation, sont rarement exercées.

B. — *L'action en responsabilité*

18. Le substitut de la « *class action* » en matière de société en France est une action dite sociale, ainsi qualifiée par opposition à une action individuelle. L'action sociale est attribuée à la société, tandis que l'action individuelle est attribuée à l'actionnaire lésé. L'action sociale est naturellement exercée par les représentants de la société. Mais elle peut aussi être exercée par un ou plusieurs actionnaires agissant pour la société : on dit alors que l'action est une action sociale exercée personnellement ou « *ut singuli* ». C'est bien sûr dans cette hypothèse qu'elle fournit une arme

⁹ Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. 1, 2001, n° 448.

de choix aux minoritaires. L'action individuelle peut beaucoup plus difficilement servir aux minoritaires. La distinction entre l'action sociale et l'action individuelle a soulevé de grandes discussions : ces débats sont clos pour l'essentiel grâce aux réformes apportées par la loi de 1966, qui a précisé clairement les conditions de leur exercice.

19. *L'action sociale*, on l'imagine aisément, est rarement exercée par les dirigeants de la société, sauf lorsque des dirigeants nouveaux arrivent à la tête de la société. La loi a donné aux actionnaires le droit de l'intenter eux-même (art. L. 225-52 du Code de commerce), à condition que la société soit régulièrement mise en cause par l'intermédiaire de ses représentants légaux. Chaque actionnaire peut agir individuellement, quelle que soit sa participation dans le capital, pourvu qu'il ait la qualité d'actionnaire à la date de l'assignation et la conserve pendant le déroulement de l'instance. Il est également possible que des actionnaires qui représentent 5 % du capital social chargent un ou plusieurs d'entre eux de les représenter (v. aussi au n° 15 l'action des associations d'actionnaires dans les sociétés cotées). Cette situation peut étonner : la loi donne la possibilité d'agir à plusieurs ou un seul. Ces deux voies ne sont-elles pas logiquement exclusives l'une de l'autre ? En réalité, la voie de l'action à plusieurs n'est ouverte que pour des raisons économiques. L'action en justice à plusieurs coûte à chacun moins cher que lorsqu'elle est exercée seul. L'originalité de cette action en justice, qui est ouverte à la société et à chaque actionnaire, peut enfin poser de difficiles problèmes de conciliation des différentes demandes. La jurisprudence est pour le moment relativement embryonnaire, mais l'on sent bien que la question est délicate et pourrait être un sujet de conflit dans l'avenir, en présence de minoritaires plus actifs. La seule certitude est que les actionnaires ne sauraient agir quand l'action a déjà été exercée par la société¹⁰. Mais que décider, quand, peu après l'introduction de l'action des minoritaires, la société introduit à son tour une action sociale pour disqualifier celle des minoritaires ? La Cour de cassation a décidé que l'action exercée par un actionnaire n'est pas éteinte par l'action sociale exercée postérieurement par la société¹¹. Mais l'ennui est que des raisons procédurales particulières à l'espèce suffisent à expliquer cette solution. Que décider aussi en cas de concurrence des actions minoritaires entre elles ? C'est donc encore sans repère très clair que cette question se pose et devra être peu à peu résolue par la jurisprudence.

20. Cette action ainsi exercée par un ou des actionnaires est l'action qui appartient à la société elle-même. Elle est soumise au même régime et aboutit au même résultat que si elle était exercée par les représentants normaux de la société. L'article L. 225-252 du Code de commerce précise en particulier que les demandeurs sont habilités à poursuivre la réparation de l'entier préjudice subi par la société, à laquelle sont alloués, le cas échéant, les dommages-intérêts obtenus. Cette solution est cohérente avec le fondement de l'action sociale. Il faut cependant remarquer que cet

¹⁰ Y. GUYON, *Juris-Classeur Sociétés*, « Responsabilité des administrateurs », n° 197.

¹¹ Cass. com. 12 déc. 2000, *Rev. Soc.* 2001, p. 323, note CONSTANTIN.

altruisme obligé de l'actionnaire minoritaire ne pousse pas vraiment ce dernier à agir. Le délai de prescription est de trois ans. L'article L. 225-253 du Code de commerce répute non écrite toute clause des statuts ayant pour effet de subordonner l'action sociale à l'avis préalable ou à l'autorisation de l'assemblée générale ou comportant renonciation anticipée à l'exercice de cette action. Dans le même esprit aucune décision de l'assemblée générale ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre les administrateurs pour faute commise dans l'accomplissement de leur mandat. Ces limitations à la liberté des parties visent naturellement à empêcher les majoritaires à exclure toute action en justice de la part des minoritaires.

21. *L'action individuelle* est une action d'usage beaucoup plus limitée, dans la mesure où elle est ouverte à toute personne lésée par la faute d'un dirigeant (art. L. 225-251 du Code de commerce). Tout actionnaire peut exercer cette action, mais il doit prouver qu'il a souffert d'un préjudice personnel de l'acte irrégulier d'un dirigeant. Cette action est assez rarement exercée, car il est rare qu'un dirigeant ait agi directement à l'encontre d'un minoritaire. Certes les minoritaires pourraient penser à utiliser l'action individuelle, quand ils constatent la baisse du cours de leurs titres ou la baisse de leur valeur dans une société non cotée, due à une mauvaise gestion des dirigeants. Mais cette possibilité ne leur est pas ouverte, selon une jurisprudence ferme de la Cour de cassation. Celle-ci considère en effet que le préjudice de l'actionnaire n'est alors que la conséquence directe d'un préjudice social causé à la société, qui ne peut être réparé que par l'action sociale¹². Il faudrait imaginer que par une maladresse de communication l'action des dirigeants n'ait eu d'effet que sur le cours du titre, sans nuire au patrimoine social, pour que l'action individuelle puisse être invoquée. Encore cette situation devrait-elle être examinée avec soin par le juge pour qualifier la faute et le préjudice et l'on peut penser que, si le problème n'est que de communication, la maladresse puisse être réparée rapidement par une information plus habile.

C. — *L'action en nullité*

22. L'action en nullité recouvre deux catégories fort différentes. L'une est l'application du droit commun des nullités des décisions de société. L'autre est la création prétorienne d'une jurisprudence propre à protéger les minoritaires contre un abus des majoritaires. Ces deux catégories doivent être successivement envisagées.

23. *Le droit commun des nullités* des décisions de société peut être un instrument efficace entre les mains des minoritaires. Ce droit commun n'a pas été bien pensé par le législateur en 1966, car il a songé principalement à réglementer la nullité des sociétés et il n'a traité que par raccroc la question de la nullité des décisions de société. La règle est contenue dans l'article L. 235-1 du Code de commerce :

¹² Cass. com. 1^{er} avril 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 650, note BARBIERI.

« La nullité d'une société ou d'un acte modifiant les statuts ne peut résulter que d'une disposition expresse du présent livre ou des lois qui régissent la nullité des contrats...

La nullité d'actes ou délibérations autres que ceux prévus à l'alinéa précédent ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent livre ou des lois qui régissent les contrats. »

Cet article conduit à distinguer les décisions modificatives des statuts, prises par l'assemblée générale extraordinaire et les autres décisions. Il faut noter que ces actions en nullité concernent aussi bien le fonctionnement des assemblées générales que le fonctionnement des organes de direction. Toute inobservation de la règle de droit qui organise la marche de la société peut donc être sanctionnée par ce biais et tout associé a en principe un intérêt légitime au bon fonctionnement de la société. Il en résulte que les minoritaires peuvent ainsi intervenir aussi bien dans le cours de la vie des assemblées générales que dans le cours de la vie des organes de direction.

24. Pour s'en tenir aux seules causes de nullité des assemblées générales ordinaires, une délibération peut être annulée pour incapacité, vice de consentement, objet illicite par application des lois qui régissent les contrats. Ces causes de nullité sont rares. Les nullités pour vice de forme sont plus nombreuses. Dans certains cas, la loi ne laisse au juge aucun pouvoir d'appréciation : ainsi s'il y a violation des règles qui gouvernent le quorum et la majorité, le déroulement de l'assemblée générale annuelle, l'établissement et le respect de l'ordre du jour, l'établissement de la feuille de présence, la désignation du commissaire aux comptes. Dans d'autres cas, la nullité n'est encourue que si l'irrégularité est de nature à influencer sur la décision, tel le vice qui peut résulter du caractère irrégulier de l'assemblée générale ou du défaut de communication aux actionnaires des informations qui doivent être tenues à leur disposition. Ces différents cas de nullité se trouvent être spécialement visés par les textes, mais d'autres cas de nullité peuvent simplement résulter, selon le principe de l'article L. 235-1, de la violation d'un texte impératif qui n'est pas spécialement sanctionné par la loi. Il pourrait donc sembler que les causes de nullité sont largement entendues comme tout irrégularité du fonctionnement de la société. Ceci est vrai, à une exception près qui pourrait se révéler relativement gênante pour les minoritaires. En effet le dispositif légal n'est pas véritablement adapté au cas de la violation des statuts. Cette situation n'est pas spécialement prévue par la loi et ne rentre pas dans le cadre de l'article L. 235-1 qui se réfère à la violation d'une disposition impérative de la loi¹³. Il en résulte que la charte commune des associés peut être violée par les majoritaires dans une relative impunité. Si l'on ajoute que les ambitions du « *corporate governance* » s'expriment actuellement dans un certain volontarisme statutaire (création de comités spécialisés du conseil d'administration...), il apparaît une faille non négligeable dans le système de protection des minoritaires.

¹³ Cass. civ. 3^e, 19 juill. 2000, *Bull. Joly* 2001, p. 70, note GROSCLAUDE.

25. Le régime de l'action en nullité s'est peu à peu élaboré sur la base de la loi. Celle-ci pose de manière claire deux limites importantes : la prescription est de trois ans à partir du jour où la nullité est encourue et la disposition générale de l'art. L235-12 du Code de commerce interdit aux associés de se prévaloir d'une nullité à l'égard des tiers de bonne foi. La jurisprudence a été assez créative en la matière. Elle a d'abord décidé d'appliquer aux irrégularités des délibérations des assemblées la distinction du droit commun entre nullité absolue et nullité relative. En conséquence, si la nullité est la sanction d'une règle protectrice des intérêts propres d'un actionnaire déterminé (incapacité, vice de consentement défaut de convocation ou convocation irrégulière), l'action est réservée à l'actionnaire intéressé. C'est seulement quand la règle de droit violée est d'intérêt général (majorité, quorum...) que tout actionnaire peut agir en justice. La minorité peut donc se trouver selon les cas apte à agir dans le cadre d'une nullité relative ou d'une nullité absolue. La jurisprudence a eu ensuite à résoudre la question essentielle, au regard de notre problématique, de savoir si la recevabilité de l'action en nullité est conditionnée par le pouvoir réel de vote du minoritaire. Il est évident qu'une réponse positive à cette question enlève quasiment tout intérêt à l'action des minoritaires. La jurisprudence a été partagée sur ce point, mais la tendance générale est d'admettre l'action en nullité de la part d'un minoritaire, même quand celui-ci n'a nul espoir de pouvoir imposer à l'assemblée générale une décision différente¹⁴. La jurisprudence a enfin admis, après hésitation, que l'action en nullité puisse être exercée par un actionnaire qui ne l'était pas au moment de la décision critiquée¹⁵. Le juge a été soucieux de permettre à un nouvel actionnaire de s'intéresser à la vie passée de la société. Ceci se comprend tout particulièrement — ce qui était le cas en l'occurrence — quand les conséquences de l'acte passé se poursuivent actuellement. Il y a naturellement un risque d'abus — qu'on a connu aux États-Unis — auquel le juge devrait être sensible.

26. *L'abus de majorité* est au contraire une cause de nullité spécifique visant à protéger les minoritaires. La loi de 1966 n'y fait pas allusion. Mais la jurisprudence est restée fidèle à un arrêt de la Cour de cassation de 1961 définissant l'abus de majorité comme une décision prise « contrairement à l'intérêt social, dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de la minorité »¹⁶. Les juges recherchent à la fois si l'acte attaqué a réalisé une rupture de l'égalité entre les actionnaires et si cette rupture n'est pas justifiée par la poursuite de l'intérêt social. La conformité à l'intérêt social est elle-même analysée par référence à la réalisation de l'objet social, et non pas en prenant en considération l'ensemble hétérogène des facteurs qui constituent l'environnement socio-économique de l'entreprise. Cette analyse traditionnelle et restrictive de l'abus de majorité, qui exclut le simple contrôle de l'opportunité, présente

¹⁴ MERCADAL, et JANIN, *op. cit.*, n° 28355 : Cass. civ. 21 oct. 1998, *JCP* 1999, 2, 10015, note Y. GUYON.

¹⁵ Cass. com. 4 juill. 1995, *Rev. Soc.* 1995, p. 504, note P. LÉCANNU.

¹⁶ Cass. com. 18 avril 1961, *D.* 1961, p. 661, note DALSACE.

le grand mérite de limiter l'immixtion des tribunaux dans le fonctionnement de la société ¹⁷. Il existe une jurisprudence relativement fournie sur cette question, respectueuse de la ligne fixée en 1961.

27. *En conclusion*, il semble que les droits des minoritaires n'ont pas atteint en France un état stable et définitif. Ils sont une création continue de la loi et de la jurisprudence. Il n'est pas impossible d'ailleurs que, dans l'avenir, les minoritaires soient considérés avec plus d'intérêt que ce n'est le cas actuellement. Jusqu'à présent, dans la mesure où ils courent par nature des risques dans une structure majoritaire, la loi et la jurisprudence s'efforcent de les protéger pour eux-mêmes. Mais la meilleure manière de les protéger pour eux-mêmes a souvent été de leur permettre d'être la conscience active de l'intérêt collectif. Ceci se voit bien au travers de l'information demandée par le biais de l'expertise de gestion, qui est mise en œuvre quand l'intérêt social est en cause, ou au travers de l'action en responsabilité ou de l'action en nullité, dans lesquelles le minoritaire remplit le plus souvent le rôle d'un agent de légalité de la société. A cet égard, les minoritaires méritent pleinement de recevoir la qualification d'organe subsidiaire de la société que leur attribuait le Professeur D. Schmidt (v. n° 3). Mais il va de soi que cette qualité confère aux minoritaires un statut ambigu.

28. Cette ambiguïté de leur condition peut être encore accentuée si l'on continue de s'interroger sur les manières de canaliser certains excès des sociétés. Le « *corporate governance* », dans sa version européenne, s'est surtout occupé de limiter les pouvoirs des dirigeants. Il est concevable que, devant le constat de l'insuffisance des contraintes du « *corporate governance* », l'on investisse un peu plus — en fait ou en droit — la minorité d'une fonction de contrôle et de garde de la majorité. Ce renversement de perspective, assez paradoxal, ne devrait pas cependant faire oublier l'intérêt en soi des minoritaires. Une des formes de cette protection égoïste pourrait être l'exercice d'un droit de retrait des minoritaires, quand des changements affectent de façon importante la société à la suite de décisions des majoritaires. Un tel droit n'existe pas dans le droit des sociétés ordinaires. En revanche, dans le droit des sociétés cotées, l'OPA et la garantie de cours permettent aux minoritaires d'exercer l'équivalent d'un droit de retrait quand la majorité vient à changer. Cette possibilité est maintenant aussi offerte en cas de fusion et autres modifications significatives des statuts, toujours dans le domaine des sociétés cotées (art. 5-6-6 du Règlement général du Conseil des marchés financiers). On peut penser que, dans l'avenir, le droit des sociétés non cotées s'inspirera pour une part de ces solutions ¹⁸.

¹⁷ RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, n° 1587-1.

¹⁸ V. Rapport MARINI, *op. cit.* p. 253.