

RAPPORT FRANÇAIS

par

Jacques DUPICHOT

Professeur émérite de l'Université de Paris XII

Avocat à la Cour de Paris

Rapport national français : Les « minorités en droit des affaires »

1.- Le sujet, de par sa terminologie même, comporte un évident problème de délimitation tant en ce qui concerne le « droit des affaires » que « les minorités ».

Qu'est-ce au juste que le « droit des affaires » ? La question a donné lieu à toutes sortes de prises de position doctrinale. Notre propre sentiment est schématiquement le suivant :

2.- D'une part, le concept de droit des affaires se ressent plus qu'il ne se définit et surtout plus qu'il ne se délimite. Certes, d'autres branches du droit que le droit commercial classique relèvent très certainement du droit des affaires mais le droit social et le droit fiscal n'en relèvent pas dans leur totalité puisque nombre de règles fiscales (IRPP, plus-values des particuliers etc..) ou sociales (prestations à recevoir) concernent principalement voire exclusivement des personnes qu'on ne ressent guère comme des « hommes d'affaires ». Au demeurant, quelle branche du droit ne relève-t-elle pas, au moins potentiellement, du droit des affaires ? Aussi bien, voit-on fleurir désormais des ouvrages ciblés sur le droit notarial des affaires, le droit des biens de l'entreprise etc.. – Au plan opérationnel, cela est pleinement justifié car le droit des affaires est éminemment transversal. Mais, dès lors, si tout est droit des affaires (dès qu'il y a l'intervention d'intérêts liés à une activité économique), rien n'est droit des affaires. C'est ce qu'avait d'ailleurs pressenti le président Claude Champaud lui-même lorsqu'il diagnostiquait « la menace de dégénérescence, voire de disparition, qui obère actuellement l'avenir d'un droit des affaires triomphant mais peut-être déjà dépassé par ses propres facultés d'absorption, de synthèse et de souplesse » (in « droit des affaires » « Que sais-je ? » n° 1978 page 127).

3.- D'autre part, au sein des disciplines concernant le droit des affaires, seul le droit commercial classique a une cohérence (ne serait-ce que par sa codification) et un domaine propre assorti de conséquences juridiques précises (compétence, preuve, prescription, solidarité, application de la commercialité subjective) encore que, certes, l'autonomie et la spécificité du droit commercial aient tendance à se diluer en irriguant toutes les branches du droit (cf. procédures collectives : intégration de l'agriculture, de l'artisanat etc..) notamment à travers les actes dits *mixtes* et ce *janus bifrons*

qu'est le droit de la consommation et des rapports entre professionnels et non professionnels.

En un mot, le droit commercial classique constitue un ensemble juridiquement définissable, ce qui n'est pas le cas du « droit des affaires » ou du droit « de l'entreprise » ou du droit « économique » lesquels constituent des concepts plus pratiques que véritablement juridiques. Le droit commercial constitue donc le « *noyau dur du droit des affaires* ». On observera d'ailleurs que les ouvrages d'enseignement qui se présentent comme des traités ou précis de « droit des affaires » consacrent, en fait, l'essentiel de leur contenu et même leurs introductions générales à l'étude du droit commercial.

4.- Compte tenu de ce qui va être dit du concept de minorité et de sa signification, il n'est peut-être pas inutile de rappeler que, jadis, la doctrine commercialiste la plus éminente (le Doyen Joseph Hamel) caractérisait le droit commercial comme étant tout à la fois le droit du « *no man's land* » (allusion à son caractère pluridisciplinaire et à la subjectivité nécessaire des appréciations d'ordre économique à porter dans sa mise en œuvre ainsi qu'au rôle éminent du non-droit en la matière) et le « droit des forts » (ceci en un temps où la traite non honorée et la faillite effrayaient ... alors qu'aujourd'hui on pratiquerait volontiers l'art du dépôt de bilan comme procédé de gestion financière).

5.- Par ailleurs, qu'entend par « *les minorités* » ? Si l'on se réfère à l'étymologie latine, « *minor* » est un comparatif de « *parvus* » d'où l'idée de « plus petit que », « moindre que » ... d'où « *minores* » (les plus jeunes) et « *minoratus* » (le fait d'être dans un état moindre et inférieur à la norme). Cette idée double se retrouve dans le langage contemporain et la minorité c'est, tout à la fois, « *la partie la moins nombreuse d'un groupe* » (sens dominant selon le dictionnaire historique de Robert) et les personnes les plus faibles qu'il faut donc protéger (« *minority* » dans la langue anglaise, emprunt au latin médiéval).

6.- Parler des personnes fragiles, sans domicile fixe, victimes d'accident corporel comme de « minorités » nous semble dépourvu de sens (chômeurs minoritaires au sein du parti des chômeurs ? etc..) et constituer un emprunt abusif à « *minority* ». – Cela dit, le droit social tout comme le droit fiscal connaît toutes sortes de dispositions tendant à faciliter le recyclage professionnel, - à faire reculer l'exclusion, - à privilégier l'accès à l'emploi des personnes handicapées etc.. – Ces dispositifs, nombreux et complexes, ne relèvent pas, nous semble-t-il, du concept de minorités (ethniques, religieuses, sexuelles, linguistiques etc..) ou d'un quelconque sous-groupe cohérent au sein de la Nation française. En toute hypothèse, les décrire excéderait les limites de la présente étude.

7.- Plus récemment (surtout au cours du XIX^e siècle), s'y est adjointe l'idée d'un sous-ensemble de personnes liées par des affinités religieuses, linguistiques, ethniques etc.. devant être protégées à l'égard des courants dominants du corps social. Sur cette dernière acception et compte tenu des conceptions du droit européen et plus encore des conceptions dites

républicaines, dans la société française, il n'y a pas (ou guère) de lois s'appliquant spécifiquement à de tels groupes minoritaires en tant que tels et dans la vie des affaires (–ne pas confondre avec la répression de la « discrimination négative » -cf. congrès Capitant 2001). À vrai dire, pris en ce sens, les minorités n'intéressent le droit des affaires qu'occasionnellement et plutôt au plan de la sociologie juridique (par exemple tontine et micro-crédit, réseaux de fait, attitude face à la faillite et au crédit etc..) ou, plus exceptionnellement, par l'application économique des signes distinctifs ou labels de qualité concernant des produits régionaux typiques ou « homologués » pour des raisons de pratique religieuse ou de contrôle des doctrines théologiques mais, bien évidemment, uniquement pour l'information et la loyauté du produit à l'égard des pratiquants ou membres de ces communautés (cf. par exemple la question de l'*imprimatur* ou de l'autorisation de participation des clercs et religieux aux émissions radiotélévisées pour ce qui est du catholicisme : voir « Droit canonique » 2è ed. Dalloz décembre 1998 n° 379 et s. ; le contrôle et l'homologation des produits relatifs aux interdits alimentaires de diverses religions ... le tout n'étant pas, du point de vue de l'État laïc, fondamentalement différent du cas des chartes d'information des consommateurs sur par exemple l'agriculture bio).

En réalité, compte tenu de la tradition française, les règles, notamment fiscales et sociales, concernant en fait des communautés sont, lorsqu'elles existent, déguisées en normes générales et impersonnelles (par exemple application limitée à des secteurs géographiques précis : « zones franches ». Tout cela (à la différence de ce qui a cours en droit public ou en droit civil de la famille) ne justifie pas, ici, une étude systématique des minorités prises en ce sens et notamment pas de ce que, en français, on serait tenté d'englober dans les *minorities* à savoir le sexe dit (jadis) faible, majoritaire au plan démographique et auquel le droit des forts est ouvert sans aucune discrimination (art. 14 CEDH et lois françaises diverses).

8.- On ne traitera pas, non plus, de « la minorité » et du droit des affaires car, en premier lieu et au plan sémantique, tel n'est pas le sujet (d'ores et déjà si vaste) et, en second lieu, l'abaissement de la majorité légale (18 ans) et la prolongation constante de la minorité économique ont retiré beaucoup d'intérêt pratique à ces questions, très simplifiées au surplus par l'article L 121-2 du code de commerce (ex art. 2) lequel écarte le mineur, même émancipé, de l'activité commerciale à titre professionnel.

9.- Au total, même en élaguant (cf. supra n° 6 à 8), l'exposé de l'infinie diversité des cas de figure concevables relève de la gageure. On rencontre ici les limites du juridisme et celles de l'examen de règles techniques envisagées isolément et *in abstracto* alors que leur fonctionnement va s'intégrer en fait dans un système global reposant sur des données psychosociologiques et financières infiniment instables et variables. Il faut s'affranchir notamment des simplifications manichéennes si souvent pratiquées (*le bon locataire* face au méchant propriétaire, *le bon débiteur* face au créancier, *la bonne association* désintéressée etc.). Cela est parfois d'autant plus malaisé que, dans les sociétés laïcisées et démocratiques

contemporaines, se pratique, du moins, un culte quasi-officiel, celui des minorités.

À supposer qu'elle le soit dans d'autres domaines du droit, toute faveur systématique aux minorités serait injustifiée dans la vie des affaires car les minorités n'y sont pas nécessairement faibles, opprimées et dignes de protection. On rencontre tout aussi bien des majorités inorganisées, écartées du pouvoir et comparables à « la majorité silencieuse » dans la société politique ... que des *minorités agissantes* (contrôle minoritaire, - mythe des 200 familles, -) que des représentants autoproclamés voire labellisés par le droit (cf. les associations agréées etc.) qui évoquent le fameux «parti des abstentionnistes».

Par ailleurs existe dans les sociétés commerciales un phénomène de minorité plus ou moins secrète et pratiquant l'équivalent de *l'entrisme* au sein d'un parti politique-. On songe aux minoritaires jouant «*au cheval de Troie*» dans une entreprise-cible afin de tourner des clauses d'agrément et de pouvoir, ensuite, acquérir sans difficulté un nombre plus important de parts sociales : phénomène des 'raids' sur les PME ; d'autres chercheront ainsi à analyser les comptes et connaître la structure des coûts et des prix de transfert au sein d'un groupe concurrent. Cela explique, par réaction, le succès des SAS et des clauses de confidentialité dans les pactes d'actionnaires. Certaines minorités sont même extrêmement inquiétantes, notamment dans les sociétés cotées, car ces minorités, comme toute secte, ont leurs *initiés* etc.

En ce qui concerne le droit des affaires, « les minorités » (prises au sens de « les moins nombreux au sein d'un groupe ») concernent par priorité les groupements fortement structurés et, au premier chef, ceux qui sont dotés de la personnalité juridique et tout particulièrement les sociétés commerciales par la forme (I) lesquelles ont, au surplus, souvent servi d'inspiration et de modèle -quitte à ne pas le suivre ou même à s'en écarter- aux autres formes sociales et aux autres groupements économiques ou commerciaux *lato sensu* (II-A) ainsi qu'à divers groupements d'ordre associatif qui ne sont pas toujours étrangers à la vie des affaires (II-B).

I – les minorités (d'associés) et le droit des sociétés commerciales.

11.- Il s'agit là du cœur même du «droit des forts» et des rapports de force capitalistiques lesquels sont à peine tempérés ici par *l'affectio societatis* (bien modéré au sein des sociétés de capitaux). – Ces dernières sont et de loin les plus importantes, tant quantitativement (environ 800.000 SARL et 160.000 SA en 2000) que, surtout, par leur importance économique (groupes, sociétés cotées, grande masse des emplois et des capitaux).

Au-delà des nombreuses et fastidieuses dispositions légales et réglementaires, on relèvera, d'une part, les orientations essentielles telles qu'elles résultent des textes ainsi que des grands principes consacrés par la jurisprudence (A) ... quitte à les tempérer par divers éléments de complexité théoriques et pratiques qui n'apparaissent guère de prime abord (B) : En un mot, nous irons de l'apparence textuelle (plutôt protectrice des minorités) au choc des réalités.

12.- A.- **Les sociétés commerciales de capitaux sont, par essence, soumises à la loi de la majorité et d'une majorité « au poids » et non pas par tête d'associé (1°).** L'associé minoritaire doit s'y soumettre tout en bénéficiant d'un statut protecteur de ses droits (même minoritaires) d'associé. Cette protection concerne le véritable minoritaire et non pas celui qui, minoritaire en capital, contrôle ou risque de venir à contrôler la société (problème des sociétés ouvertes et notamment des sociétés faisant appel public à l'épargne) (2°).

13.- 1°) **La loi de la majorité (concepts essentiels).** En dépit de son caractère contractuel (du moins au stade de la constitution : cf. 1842 code civil, L 210-6 et L 225-7 alinéa 2 c.com. à propos des modifications apportées lors de l'assemblée constitutive au projet de statuts : unanimité nécessaire même si appel public à l'épargne) et des principes fondamentaux résultant de l'article 1134 alinéas 1 et 2 du code civil, la société et, au premier chef, la société commerciale de capitaux est soumise à la loi de la majorité au sein de cette institution. Cette loi s'exprime par divers aspects bien connus que l'on se bornera ici à évoquer :

a) Quant au *contexte psychologique des votes*, il convient de ne pas perdre de vue que, d'une part, le vote n'est aucunement anonyme ; ceci accroît, *de facto* et par un phénomène classique (se lever et dire « non » au sein d'une assemblée majoritairement hostile est toujours délicat ... sauf, à l'inverse, l'hypothèse d'une minorité organisée et au militantisme exacerbé), le poids de la majorité en place. D'autre part et surtout, dans la mesure où le vote au sein des sociétés de capitaux s'effectue au prorata du nombre de droits sociaux détenus par les associés, nombre qui, lui-même, dépend de leur participation au capital social (réserve faite de quelques particularités notamment celles qui, pour la SARL, tiennent à son caractère hybride : apports en industrie, double majorité par tête et en capital –les $\frac{3}{4}$ pour l'agrément de nouveaux associés : L 223-14 c.com.), la majorité en place (du moins si elle est cohérente et notamment si un associé détient à lui seul la majorité) a vocation à rester très stable et sera très peu sensible aux courants d'opinion parmi les associés minoritaires. Il en va, évidemment, très différemment si la majorité est une « majorité plurielle » et comporte des courants divers ou, a fortiori, s'il s'agit d'un « tour de table » instable et d'occasion ... a fortiori si la société est cotée et que le « flottant » soit important.

14.- Remarque : Le principe d'égalité (entre les droits sociaux) est tout à la fois très fort (cf. p. ex. L 223-34 alinéa 1 à propos de la réduction du capital dans la SARL et L 225-122-I pour la SA) et très relatif si l'on y regarde d'un peu plus près en raison entre autres de l'existence d'apports en industrie dans la SARL (surtout depuis 2001), d'actions de catégories diverses et d'assemblées spéciales (L 225-99), d'un éventuel plafonnement statutaire des droits de vote (L 225-125 pour la SA) etc.

15.- b) *La hiérarchie des organes* est un principe fondamental du droit des sociétés de capitaux. Sous des modalités diverses, ce système hiérarchique se retrouve tant dans la SARL que, surtout, dans la SA avec

trois types d'organisation (conseil d'administration classique, direction générale autonome de la loi de 2001, conseil de surveillance et directoire).

b-1) Dans la SA, les organes de gestion sont, en principe, collégiaux (avec des pouvoirs propres, notamment envers les tiers, appartenant au président de l'organe collégial). En principe, la SARL ne comporte qu'un seul gérant, étant observé que, dans l'hypothèse où il y aurait plusieurs co-gérants, chacun disposera de la totalité des pouvoirs de gérant unique à l'égard des tiers (L 223-18 in fine c.com.).

En ce qui concerne les organes collégiaux de la SA, le conseil d'administration (-ou le conseil de surveillance-) ne délibère valablement que si la moitié au moins des membres sont présents (y compris depuis 2001 par des moyens de visioconférences à déterminer par décret) auquel cas les décisions sont prises à la majorité des membres présents ou représentés ... majorité qui peut être renforcée par des clauses statutaires (de nature alors à, éventuellement, rassurer des minoritaires – L 225-37 et L 225-82). La voix prépondérante du président en cas de partage ne constitue pas une règle impérative et peut être écartée par les statuts. En revanche, une très grande liberté statutaire existe en ce qui concerne les modalités des délibérations et prises de décisions par le directoire (L 225-64 in fine).

D'une manière générale, ultimement (et même si des détours et des complications existent : ordre du jour pour la révocation du gérant de SARL, nomination et révocation du directeur général créé par la loi de 2001 – L 225-51-1 et L 225-55 etc.), la nomination (sauf pour le président *ès qualité*) et la révocation des organes de gestion dépendent toujours, en définitive, de l'assemblée des associés. Cela dit, il n'est pas assuré (il est même rare dans les grandes sociétés) que leur nombre et leur répartition au sein de l'organe collégial reflètent très exactement les proportions dans la répartition du capital (divers courants au sein du groupe majoritaire, - cas de majoritaires réels qui préfèrent rester des *sleeping partners* notamment les investisseurs en capital-risque ... quitte à exiger des audits réguliers et successifs etc., - cas des minoritaires souhaitant avoir au minimum un siège, - importance de la détermination pratique de l'éventuel vote double ainsi que de la présidence de séance ... tant pour les prises de décisions controversées que, plus pratiquement encore, pour présider la séance lors d'une démission, décès etc.. du précédent président, le président de séance étant particulièrement bien placé pour être désigné comme successeur puisque d'ores et déjà assis dans le fauteuil de son prédécesseur).

NB- En raison du calcul de la majorité sur les membres présents ou représentés (cf. supra), l'abstention ou le vote blanc se traduisent par un vote contre la décision proposée au Conseil d'Administration (ou au Conseil de surveillance).

16.- b-2) Par voie de conséquence, la majorité au sein des assemblées permet de contrôler la direction, la gestion, les décisions courantes et dites *non extraordinaires* concernant la société : cf. L 223-25 et L 223-29 pour la SARL (où, en principe, aucun quorum n'est exigé sur deuxième convocation et où les décisions sont prises à la majorité simple des parts sociales, la révocation du gérant en place étant toutefois soumise à un vote intervenant à la majorité absolue des parts sociales existantes) ; - cf. L

225-98 c. com. pour la SA : « majorité des voix dont disposent les actionnaires présents ou représentés » avec un quorum minimal du quart supprimé sur deuxième convocation.

b-3) Le contrôle égalitaire se rencontre parfois. Il convient de relever que, dans les sociétés de capitaux et en cas de mésintelligence persistante, il risque de « paralyser le fonctionnement de la société » et d'entraîner une dissolution judiciaire (article 1844-5.5° code civil). À vrai dire, c'est là, parfois, ce que les associés recherchent (certitude que l'avis des uns et des autres sera pris en considération) ; ce résultat est, toutefois, plus facilement obtenu à travers une filiale commune constituée en société de personnes (SNC, commandite etc.).

Remarque : Paradoxalement, un statut (apparent ?) de minoritaire est parfois recherché pour des raisons d'ordre fiscal ou social (gérant de SARL ; ...surtout naguère plafonnement des comptes courants pour les intérêts déductibles : 150% du capital social). Inversement, la qualification de « bien professionnel » est intéressante au plan de l'ISF des dirigeants mais il faut détenir au moins 25% du capital si la société est à l'IS.-

17.- c) *L'aspect contractuel survit, de façon latente*, en ce sens que :

L'accord de chaque associé concerné est exigé pour l'augmentation de ses engagements personnels (1836 alinéa 2 code civil, L 223-30 alinéa 2 c.com. SARL, - L 225-96 alinéa 1 c. com. SA). Cela induit la nécessité de l'unanimité lorsque la décision affecte tous les associés : par exemple, transformer une SA en société de personnes ou changer la nationalité de la société – cf. L 223-30 alinéa 1, L 223-43 pour la SARL ; - L 225-96 et L 225-97 pour la SA ... observation faite que le changement de nationalité peut, théoriquement, être décidé en AGE si, du moins, il existe une convention internationale correspondant à un certain critère ... ce qui, sauf erreur, n'est guère le cas à l'heure actuelle.

Des majorités qualifiées et renforcées sont exigées pour les décisions modifiant le pacte social sous la seule réserve de modifications bénignes (tel le transfert du siège social au sein d'un département ou dans un département limitrophe – L 225-36 et L 225-65-) ou encouragées par le législateur et a priori favorables à tous les associés (incorporation des réserves et distribution de droits sociaux dits gratuits : L 223-30 alinéa 3 pour la SARL, L 225-129.II c. com. pour la SA).

Pour la SA, non seulement il y a lieu à majorité qualifiée mais, en outre, des assemblées distinctes sont réunies pour les modifications statutaires (AG extraordinaire).

Dès lors et par *a contrario* des majorités renforcées exigées pour la modification statutaire, existent des *minorités de blocage*, c'est-à-dire des seuils de minorités ne permettant pas d'imposer un contrôle de la gestion et de la désignation des dirigeants mais permettant de bloquer les modifications statutaires (parfois impérieuses). C'est ainsi que, dans la SARL, la minorité de blocage est de 25% des parts plus une puisque les modifications statutaires doivent être adoptées à une majorité « représentant au moins les $\frac{3}{4}$ des parts sociales » (L 223-30 alinéa 2 c. com. texte mal rédigé mais d'ordre public). –

En ce qui concerne la SA, en AGE, le quorum est du tiers sur première convocation puis de $\frac{1}{4}$ sur deuxième convocation (éventuellement

prorogée) cependant que la majorité requise s'élève aux « 2/3 des voix dont disposent les actionnaires présents ou représentés » (L 225-96). – La certitude d'avoir une minorité de blocage nécessite donc 1/3 plus 1 des droits de vote (sinon des actions, compte tenu des votes doubles etc.). – En raison de l'absentéisme, un calcul élémentaire témoigne que sur première convocation, il peut suffire théoriquement des 2/9èmes des droits de vote et sur deuxième convocation des 2/12èmes pour modifier les statuts. – Ce seuil est, au demeurant, d'autant plus facile à obtenir dans certains cas que les procurations adressées « sans indication de mandataire » seront traitées comme ayant émis « un vote favorable à l'adoption des projets de résolutions présentés ou agréés par le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, et un vote défavorable à l'adoption de tous les autres projets de résolutions » (L 225-106 in fine c. com.).

NB- Ces règles de quorum et de majorité sont impératives : cf. notamment L 225-96, L 225-98 (« valablement ») ainsi que la nullité expresse de l'article L 225-121.- Par ailleurs et pris au pied de la lettre, l'article L 223-30 alinéa 2 pourrait être compris *a contrario* comme autorisant une « majorité plus élevée ». Cette solution n'est retenue ni par la doctrine ni par la jurisprudence car trop manifestement contraire à l'intention du législateur.

18.- 2°) **Le statut du (des) minoritaire (s)** repose sur les fondements suivants : majorité et minorité sont les deux volets d'une même réalité au sein de l'institution sociale ; dès lors, le statut de la minorité (ou des minoritaires) s'infère de la portée de la loi de la majorité laquelle rencontre nécessairement ses limites dans la mesure où le minoritaire est (et reste) un véritable associé, c'est-à-dire, pour l'essentiel, un investisseur financier (aspect société de capitaux) lié durablement au sort et aux aléas de l'entreprise, le tout dans un climat d'affectio societatis duquel découlent, outre les prérogatives des associés minoritaires (a) l'attitude que les uns et les autres doivent adopter (b).

19.- a) *Les principales prérogatives des minoritaires.*

a-1) Au sein d'une S.A. tout associé dispose d'un certain nombre de *droits irréductibles*, serait-il seul minoritaire avec une seule action. Il en va ainsi par exemple :

- de la possibilité d'exercer (éventuellement par procuration ou par consultation écrite, correspondance etc..) son droit de vote ainsi que d'accéder, s'il le souhaite, aux diverses assemblées. Toute clause soumettant la participation aux assemblées à la détention d'un certain nombre d'actions (ou de procurations) est désormais inefficace même pour les AGO (article 115 2° et 3° de la loi NRE de 2001 et abrogation de l'article L 225-112 c. com.) ;

- de l'exigence de son accord individuel dans un certain nombre de cas (cf. 1° c) supra N° 17;

- du droit à information par la communication de toutes sortes de documents tant à l'approche d'une assemblée et en vue de ladite assemblée que « à toute époque » sur les derniers exercices (cf. L 225-115 à L 225-117 c. com.) ;

RAPPORT FRANÇAIS

101

- de la possibilité, avant une assemblée, de poser des questions auxquelles les dirigeants seront « tenus de répondre au cours de l'assemblée » (donc oralement mais en public L 225-108 c. com.) ;

a-2) Différents *seuils de participation* (quitte à se grouper pour y accéder) accroissent les prérogatives des minoritaires. C'est ainsi que l'accès à un seuil de 5% (du capital le plus souvent mais parfois des droits de vote) permet notamment de solliciter en justice la désignation d'un mandataire ad hoc aux fins de convoquer l'assemblée (L 225-103-2° ... ce seuil n'étant même pas nécessaire dans l'hypothèse d'une urgence justifiée) ; - de requérir « l'inscription de projets de résolutions à l'ordre du jour de l'assemblée » (seuil réduit ... jusqu'à 0,5% dans les sociétés importantes. – Cf. L 225-105 c. com. et 128 décr. 23 mars 1967) ; - la possibilité de poser deux fois par exercice (et donc non pas deux questions) des questions écrites avec « réponse communiquée aux commissaires aux comptes », ce qui suppose (cf. la communication) une réponse écrite (L 225-232) ; - la possibilité d'intenter l'action sociale ut singuli (L 225-252 c. com. et art. 200 et 201 du décret de 1967 avec un abaissement progressif du seuil jusqu'à 0,5% dans les sociétés importantes par leur capital) ; - la possibilité d'une demande en justice fondée sur de justes motifs de récusation d'un commissaire aux comptes (L 225-230) ; - la possibilité de solliciter en référé une expertise de gestion mais avec, pour ce qui est de la SA, l'obligation désormais d'une « question écrite préalable » ouvrant un délai de principe d'un mois pour y satisfaire (L 225-231) ; - la possibilité, dans l'hypothèse où l'on réunirait 5% « des droits de vote », de constituer, *dans les sociétés cotées*, une association dite de l'article L 225-120 c. com. laquelle pourra « représenter leurs intérêts » et exercer pour leur compte un certain nombre de droits visés aux textes en question (voir L 225-120-I) ... observation faite que le seuil de regroupement s'abaisse progressivement de 5% à 1% selon l'importance financière de la société, le seuil de 1% s'appliquant aux sociétés cotées dont le capital social excède 15 millions d'euros (L 225-120.II) ; - la nomination d'un mandataire *ad hoc* pour la convocation d'une assemblée (L 225-103. II. 2°) voire même celle d'un administrateur judiciaire (à titre provisoire) dans les cas de dysfonctionnement grave, l'aboutissement de l'action des minoritaires n'étant pas d'ailleurs nécessairement soumis à un seuil de participation (un simple créancier peut agir) mais à des exigences de fond (urgence, mise en péril des intérêts sociaux, etc...)

On rappellera que, dans la SA, la minorité de blocage est de 1/3 plus une action mais on observera que, dans les grandes sociétés cotées et pour lesquelles un nombre important d'actions est diffusé dans le public, le plus gros actionnaire -seul ou de concert- atteignant ce seuil est considéré comme ayant en fait un contrôle virtuellement absolu, ce qui lui crée non pas des prérogatives mais des obligations (OPA obligatoire : L 433-3.I. c. mon. et fin. et 5.5.2. al. 1 règlement CMF).

a-3) Toutes choses égales, on rencontre des dispositions analogues pour la SARL où les seuils de minorités intermédiaires restent, en règle générale, de 10% et où la minorité de blocage est (cf. supra) de 25% des parts plus une, seuil qui permet, au demeurant, de demander la réunion d'une assemblée (L 223-27 alinéa 3) et de s'opposer à la cession de parts à des tiers

étrangers à la société (L 223-14). En revanche, la minorité de blocage ne saurait s'opposer à la transformation en SA d'une SARL devenue trop importante (capitaux propres excédant 750.000 euros) : L 223-43 . Voir également L 223-36 c. com. et 44-3 du décret de 1967 sur la possibilité de poser des questions écrites ; 32 et suivants du décret sur les documents et informations que peut obtenir l'associé ou qui doivent être présentés ou communiqués à l'occasion des assemblées ; - sur la possibilité d'obtenir la révocation judiciaire du gérant à la demande de tout associé et pour cause légitime (infra n° 25 in fine).

20.- b) *Le principe contractuel d'exécution de bonne foi* des conventions (1134 et 1135 du code civil) inspire toute une série de règles légales, jurisprudentielles ou disciplinaires (CMF, COB).

b-1) La majorité (ou plutôt les contrôleurs) doit avoir à l'égard de la minorité un comportement d'associé respectueux du principe d'égalité des droits sociaux et de l'*affectio societatis*. De fait, le minoritaire doit être traité également quant à ses droits financiers (sa part de dividendes, son prorata d'actions gratuites etc..) et, concept plus flou certes, il doit être traité loyalement à tous égards. À cette dernière idée, se rattachent notamment les conséquences suivantes :

Tout le système du contrôle des comptes, des conventions suspectes (où les voix intéressées sont stérilisées), des commissaires désignés aux fins d'évaluation des apports, des rapports de fusion etc.. – Sur ce plan, il n'est pas interdit de penser que, pour la sauvegarde des minoritaires, les contrôles externes (notamment à objet fiscal) sont, en définitive, tout aussi efficaces (problème des salaires fictifs, des abus de gestion etc..) que les contrôles internes et propres au droit des sociétés (... aidés qu'ils sont, fort souvent, par des dénonciations anonymes) ou-et par l'existence de toutes sortes d'incriminations qui facilitent, en cas de plainte, la recherche inquisitoriale des éléments de preuve (quant aux falsifications de bilans, abus de biens sociaux etc..).

Intervient également *la théorie générale de l'abus du droit* sous la forme de l'abus de majorité dont la sanction (rare en fait) est une éventuelle nullité assortie de non moins éventuels dommages et intérêts au profit des minoritaires si ces derniers ont subi un préjudice spécifique.

L'un des exemples d'abus de majorité les plus délicats à cerner est l'autofinancement excessif et pourtant il s'agit là d'une manœuvre extrêmement dangereuse pour les minoritaires (s'ils ont besoin des fonds ... cas de personnes physiques ayant des charges fiscales lourdes pesant sur le capital : ISF, impôt foncier) et surtout dans l'hypothèse non plus de sociétés de capitaux mais de sociétés transparentes fiscalement (Le minoritaire peut être alors 'étranglé' par le taux de l'IRPP et très vite poursuivi par le fisc). Ces abus de majorité se différencient malaisément de l'autofinancement pour de légitimes investissements ou de la provision constituée pour un risque concevable.- Voir également le problème des augmentations de capital fondées principalement sur un vœu de dilution du capital et donc de marginalisation des minoritaires (p. ex. descendants du fondateur) incapables de suivre.

RAPPORT FRANÇAIS

103

Le respect de l'*affectio societatis* et de l'idée d'entreprise (laquelle s'inscrit dans la durée) suppose également celui de *la vocation du minoritaire à rester associé*, ce qui, par principe, interdit toute exclusion forcée. Plus précisément, cette vocation consiste à rester associé dans des conditions analogues et sous la seule réserve des aléas économiques, d'où, en principe, la détermination d'une prime d'émission normale (pas trop faible) si les minoritaires ont été contraints de renoncer au droit préférentiel de souscription. En revanche et d'une manière générale, l'investisseur ne doit pas être condamné à rester éternellement prisonnier de son investissement (question bien connue du refus d'agrément et des portes de sortie qui doivent être offertes à l'associé qui souhaiterait céder ses parts – L 223-14 pour la SARL et L 228-23 et 228-24 pour les SA dites fermées). La conciliation entre des préoccupations aussi opposées que légitimes est bien malaisée à assurer, même dans les grandes sociétés.

En ce qui concerne les sociétés ouvertes et a fortiori les sociétés cotées, le minoritaire ne doit pas rester prisonnier de son investissement dans un marché devenu peu liquide ou dans une configuration nouvelle du contrôle de la société telle que les dirigeants n'aient plus guère d'intérêt à courtiser les minoritaires et par exemple à leur verser des dividendes importants : Sur ce plan, cf. par exemple et entre autres l'obligation précitée a.2. *in fine* de faire une OPA si un contrôlaire devient titulaire de plus de 1/3 des droits dans la société ou celle d'imposer *une offre ou une demande publique de retrait* si les majoritaires viennent à détenir 95% ou plus des droits de vote (L 433-4 c. mon. et fin. et 5.6.1 et s. régl. CMF). L'associé minoritaire doit encore moins être privé de ce que l'on peut appeler la « *survaleur de contrôle* » (d'où la procédure de déclaration d'intention et de garantie de maintien du cours par quiconque, même de concert, vient à acquérir la majorité du capital ou des droits de vote : L 433-3.II. c. mon. et fin. et art. 5-4-1 et s. règlement CMF etc..).

21.- b-2) Toutefois, ce même minoritaire doit, réciproquement, agir et utiliser ses prérogatives éventuelles de bonne foi et dans un climat d'*affectio societatis*. C'est ainsi notamment que :

À notre sens, *les faux minoritaires* (et contrôlaire de fait) doivent dans les sociétés cotées, agir avec prudence et dans l'intérêt social lorsqu'ils établissent des armes anti OPA ; cf. également le devoir de dénoncer les accords extra-statutaires, pactes d'actionnaires, actions de concert ou de contrôle, intentions futures à l'occasion de prises de participation ou d'augmentations de participation, parfois très modestes en apparence etc.

À côté de ces faux minoritaires, les véritables minoritaires doivent également respecter (même s'ils ne sont pas fixés par des règles précises et relèvent d'une jurisprudence générale) les principes de l'abus du droit. Se dessine progressivement une jurisprudence sur *l'abus de minorité* permettant de contester l'attitude de minoritaires qui, par leur minorité de blocage, ont fait obstacle à des mutations importantes pour l'avenir de la société (exemple : nécessité économique voire juridique d'augmenter le capital social d'une société ne connaissant pas de problèmes financiers majeurs ... avec, en outre, des plus-values latentes, mais ne pouvant pas augmenter ce capital social par simple incorporation des réserves).

Ces mêmes minoritaires se rendraient coupables de *déloyauté* voire de fraude à la loi s'ils cédaient le contrôle de l'entité juridique qu'ils constituent (associés personnes morales) à un tiers et notamment à un concurrent de la société afin de tourner des règles légales ou des clauses d'agrément statutaires voire des clauses de préemption extrastatutaires. – Toutefois, il est difficile de distinguer en l'espèce ce qui est licite de ce qui ne l'est point (d'où l'intérêt accru pour la SAS – cf. infra n° 27).

B – les éléments de complexité et leur croissance exponentielle depuis une quinzaine d'années environ.

22.- Comme nous l'avons laissé pressentir d'emblée (supra n° 8 et s.), on ne saurait avoir une vision réelle de la situation d'un minoritaire *in abstracto* et sur le fondement des seuls textes et principes le concernant directement. En fait, les cas de figure sont infiniment variables et il convient de tenir compte de la subtilité des agents économiques dans l'utilisation potentielle de divers éléments de complexité dont certains sont très classiques (1°) et d'autres liés aux formidables évolutions récentes (2°) consécutives à la concurrence des droits nationaux au plan international (éviter les délocalisations) et à l'explosion de l'ingénierie financière etc.. - Divers éléments de complexité seront brièvement évoqués ci-dessous mais sans aucune prétention à l'exhaustivité.

1°) De quelques données pratiques très classiques. De longue date, les spécialistes du droit des sociétés étaient accoutumés à, par exemple :

23.- Tenir compte du *phénomène des groupes* lequel rend délicat pour les minoritaires (-comme pour le fisc ou la douane d'ailleurs-) la détermination du bien fondé des prix et redevances au sein du groupe et ouvre des possibilités discrètes d'orienter au plan national et a fortiori au plan international l'apparition des bénéfices ou des pertes. Par certains aspects, dans sa recherche générale de *transparence*, la loi NRE de mai 2001 s'efforce d'améliorer l'information et le contrôle des associés (donc des minoritaires) sur les comptes consolidés des groupes (L 225-100 c. com.) tout en appelant à prendre, à l'occasion, directement en compte le concept « d'intérêt du groupe » (cf. L 225-231 alinéa 1 in fine) à propos des questions posées aux dirigeants et des expertises de gestion.

24.- Manier astucieusement la *composition des organes collégiaux* de gestion. Il est concevable, par exemple, de 'surreprésenter' des minoritaires au sein du conseil d'administration voire même de renforcer les conditions de majorité au sein du conseil d'administration car elles ne sont pas d'ordre public (cf. L 225-37 alinéa 2). On peut ainsi rassurer des minoritaires en capital en leur offrant une sorte de minorité de blocage dans la gestion quotidienne (sauf retour devant l'assemblée générale laquelle peut révoquer des administrateurs). L'attitude opposée (éliminer totalement les minoritaires) est également concevable (plus fréquente, semble-t-il).

25.- Jouer sur des *montages* non purement capitalistiques grâce à l'utilisation des sociétés de personnes (le principe est l'unanimité mais la

souplesse statutaire est considérable : voir par exemple . la possibilité d'un gérant minoritaire et stable dans les sociétés civiles art. 1851 al. 1 et 1852 al. 1 c.civ.). Il est ainsi possible pour le fondateur d'une entreprise de verrouiller ses héritiers futurs au sein d'une société civile (holding détenant en portefeuille des actions des entreprises commerciales) et même de *faire un aîné* en prévoyant que les gérants ne seront révocables qu'avec une majorité très renforcée par les statuts ou-et en donnant à son successeur désigné un pourcentage important des biens de sa future succession sous la forme de parts de ladite société civile dont le successeur pré-désigné serait par ailleurs cogérant et resterait, de plein droit, en place lors du décès du fondateur. – Cette technique (de manière évidemment infiniment plus complexe et subtile) semble être utilisée pour permettre le maintien d'un contrôle familial ou du moins d'une influence familiale considérable par les descendants des fondateurs dans certains groupes très importants ; elle est, a fortiori, très accessible et utilisée pour des PME. – Il y a là, notamment, une arme antiOPA puisque c'est la société civile qui est titulaire des actions et que c'est donc son gérant qui décide s'il convient ou non de répondre favorablement à une éventuelle OPA ou bien encore de souscrire à une augmentation de capital de la société commerciale. On peut également et, à l'inverse, rassurer un partenaire moins riche en constituant une filiale commune sous forme de SNC voire le désigner comme gérant associé statutaire, ce qui rend pratiquement impossible sa révocation ultérieure, sauf à entraîner la dissolution pure et simple de la société (cf. L 221-4 et L 221-12 c.com.).

On peut aussi se réserver une « *poire pour la soif* » voire s'incruster durablement (bien que minoritaire) dans une sous-filiale au sein d'un groupe nouveau et résultant d'une fusion de deux groupes antérieurs par l'utilisation de la commandite (en tant que commandité-gérant) tant dans la commandite simple (L 222-1 et L 222-6) que dans la commandite par actions (L 226-2) ... sous la seule réserve de l'abus du droit (il s'en rencontre quelques exemples rarissimes) ou de la très exceptionnelle révocation pour cause légitime par le tribunal laquelle est possible dans la commandite par actions (L 226-2), dans la SARL (L 223-25 al. 2) et dans la société civile (1851 al. 2 c.civ.).

26.- 2°) Des bouleversements législatifs récents ouvrent désormais, tant au profit qu'à l'encontre des minoritaires, des possibilités considérables et vertigineuses de montage ... le tout sous réserve notamment des dispositions relatives à l'information loyale du marché pour les sociétés cotées ou, plus généralement, faisant appel public à l'épargne : sur ce plan, cf. toutes les dispositions et réglementations concernant, entre autres, les actions de concert, pactes d'actionnaires, déclarations d'intention etc.. auxquelles se sont ajoutées récemment les dispositions de la loi NRE relatives aux conditions préférentielles même lorsqu'elles portent sur une fraction très modeste du capital social ou des droits de vote, à savoir 0,5% ou plus : L 233-11 c.com.mod. 2001.-

a) Désormais, la *validité de principe des pactes d'actionnaires* n'est plus contestée alors que, naguère, tout ce qui ressemblait de près ou de loin à une convention de vote était considéré comme condamnable. – Dès lors,

l'organisation des rapports entre actionnaires devient de plus en plus contractuelle car, outre les statuts, l'on rencontrera éventuellement un règlement interne de la société et/ou un ou plusieurs pactes d'actionnaires produisant leurs effets (avec la sanction habituelle des obligations de faire ou de ne pas faire) entre leurs signataires.

27.- b) *L'apparition de la SAS en 1994* (cette dernière ne pouvant toutefois pas faire appel public à l'épargne : L 227-2) permettait toutes sortes de conventions ou d'accords statutaires peu concevables ou interdits purement et simplement dans les autres sociétés par actions. On sait, en effet, que, entre autres points, les statuts déterminent librement « les conditions dans lesquelles la société est dirigée » (L 227-5), la liste « des décisions qui doivent être prises collectivement par les associés » ainsi que « les formes et conditions » desdites décisions (L 227-9 al. 1) ... la loi se bornant à dresser une liste minimale de décisions à prendre collectivement mais « dans les conditions prévues par les statuts » (L 227-9 al. 2 c. com.).

b-1) En ce qui concerne l'*intuitus personae*, les clauses d'agrément y sont admises aussi largement que possible (-donc même entre associés. Comp. contra L 228-23 c. com. pour la SA-) cependant que l'inaliénabilité pure et simple des actions peut être imposée par les statuts pour une durée n'excédant pas dix ans ... toute violation desdites dispositions statutaires entraînant la nullité des cessions (L 227-13 à L 227-15). Bien plus, le retrait d'un associé peut lui être imposé, le moment venu, pourvu que ce soit « dans les conditions que déterminent les statuts » (L 227-16) et, sur ce plan, la fiction de la personnalité morale de l'associé est écartée afin de pouvoir, selon les cas, suspendre l'exercice de ses droits non pécuniaires (vote et gestion) voire exclure purement et simplement l'associé-personne morale dont les associés contrôlaient ont été changés aussi bien par une cession que par des opérations de fusion, scission ou dissolution (L 227-17). Ces dispositions sont si essentielles que, en dépit de la liberté contractuelle qui règne dans la SAS, si de telles clauses ont été introduites dans les statuts, elles resteront intangibles car elles ne pourront être « adoptées ou modifiées qu'à l'unanimité des associés » (L 227-19).

b-2) Remarques : En pratique, on voit très fréquemment la SAS être combinée avec des pactes d'actionnaires parfois très détaillés, par exemple pour régler les pouvoirs de gestion effectifs, les responsabilités inter partes, les dates et le planning du retrait progressif d'un associé ... ledit pacte pouvant éventuellement être révélé à des tiers, par exemple les assureurs respectifs des parties à la SAS afin qu'ils homologuent en quelque sorte les champs d'application respectifs des domaines de souveraineté de gestion ou de responsabilité de chacun des associés etc.. Les clauses de confidentialité sont alors la règle. De tels pactes d'actionnaires ressemblent en quelque sorte à une société en participation détaillant entre les parties les domaines de gérance et de responsabilité respectifs des associés ... avec révélation à certains tiers. – Afin de limiter les risques (de requalification en SEP ostensible), ce seront généralement des sous-filiales des uns et des autres qui participeront à la SAS.

Depuis 1999 (au hasard d'une loi « sur la recherche »), *la SAS a été banalisée* ; désormais, elle est ouverte dans les conditions du droit commun à toute personne (a priori physique ou morale ayant la capacité d'exercice et de jouissance suffisante pour entrer dans une société de capitaux par actions) sans que l'on exige le sérieux d'une société disposant d'un capital minimal de 1.500.000 francs, entièrement libéré (comme en 1994). Désormais, cette *SAS du pauvre* ouvre toutes sortes de facilités au regard des règles classiques du droit des sociétés ... y compris la SAS unipersonnelle (L 227-1 al. 1 et 2 c. com) : Laxisme dangereux ou espace de liberté ? L'avenir jugera.

c) Le tête à tête (réversible et jamais définitif) avec soi-même est de plus en plus fréquemment possible (EURL, EARL, SASU, profession libérale etc..). – Cela peut permettre de rester soi-même (ce qui est une forme de minorité !) avant de s'ouvrir à d'autres associés dans de meilleures conditions (question de l'évaluation des apports en industrie du fondateur ou des primes d'émission). – En effet, les apports en industrie (beaucoup plus utilisés qu'on ne l'imagine usuellement dans le domaine des sociétés de personnes) sont désormais admis sans autre précision par la loi NRE en matière de SARL (L 223-7 al. 2). Les esprits simples auront quelque difficulté à comprendre ce que peut être une société à responsabilité limitée dans laquelle les associés « ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports » et où leurs apports peuvent être des apports en industrie. – En revanche, les mêmes esprits simples devineront aisément les montages astucieux et les détournements de finalité qui, tantôt au profit, tantôt à l'encontre de minoritaires en capital, peuvent être effectués par le jeu des évaluations d'apports en industrie durant la vie de la société et à l'occasion du partage du boni de liquidation (plus-values d'inflation etc..).

28.- d) *La multiplication des titres nouveaux* (obligations convertibles, obligations échangeables, obligations remboursables en actions, valeurs mobilières composées diverses etc.. cf. L 228-1 et s. passim notamment L 228-91 à L 228-97 c. com.) ouvre de multiples perspectives à l'ingénierie financière et à la protection des faux minoritaires (utilisation de certains de ces titres, éventuellement placés entre des mains amies, comme arme antiOPA etc..).

II – Les minorités (autres que les associés des sociétés commerciales) au regard du droit des affaires.

29.- Le droit des affaires connaît toutes sortes de groupements, dotés ou non de la personnalité morale, au sein desquels existent des intérêts potentiellement divergents, donc des minorités et des majorités sans que ces dernières aient toujours la cohérence rencontrée dans le droit des sociétés commerciales. Nombre de groupements qui seront ici brièvement cités ou évoqués relèvent ouvertement de la vie des affaires et du domaine du lucratif (A). Toutefois et de manière paradoxale, c'est une forme juridique, apparemment éloignée du domaine du lucratif et dite « désintéressée », qui va y jouer un rôle souvent essentiel : *l'association* (B).

A – Les groupements relevant ouvertement de la vie des affaires et de la poursuite d'intérêts patrimoniaux.

30.- 1°) Nombre d'entre eux sont **dotés de la personnalité juridique** et, au surplus, organisés selon des modalités empruntées au Droit des sociétés ... quand il ne s'agit pas, purement et simplement, de sociétés à statut dérogoire au droit commun des sociétés commerciales ou civiles.

a) Certains sont du type *regroupement défensif des droits de leurs membres*. Puisque les parts de fondateurs sont des titres en voie d'extinction (L 228-4 c.com.) ... du moins dans les sociétés par actions, on songera surtout aux obligataires qui sont tous « groupés de plein droit pour la défense de leurs intérêts communs en une masse qui jouit de la personnalité civile » ... et, sauf exception, en une masse par catégorie d'émission (L 228-46).

Des obligataires ne peuvent pas former l'équivalent d'une action sociale *ut singuli* car « doit être déclarée d'office irrecevable » toute action en justice dirigée contre l'ensemble des obligataires d'une même masse et qui ne serait pas intentée contre le représentant de cette masse ainsi que « toutes actions ayant pour objet la défense des intérêts communs des obligataires » qui ne seraient pas intentées par les représentants de la masse lesquels ont seuls qualité pour ce faire (L 228-54) et s'informer directement par la possibilité d'accéder aux assemblées de la société « sans voix délibérative » et celle « d'obtenir communication des documents mis à la disposition des actionnaires dans les mêmes conditions que ceux-ci » (L 228-55). Le contrôle des opérations de la société ou la vérification des documents sociaux ne saurait être exercé par les obligataires à titre individuel (L 228-70 c. com.).

En définitive, leur prérogative essentielle réside dans la possibilité pour une minorité « réunissant au moins le trentième des titres d'une masse » de demander la convocation de l'assemblée ainsi que, le cas échéant, de requérir l'inscription à l'ordre du jour de toute assemblée -des obligataires- des projets de résolutions (L 228-58 et L 228-60).

Le vote s'effectue au prorata du nombre d'obligations détenues et de la quotité du montant de l'emprunt représentée par chacune d'entre elles (L 228-67). – Une réforme intervenue en 1988 a supprimé la distinction antérieure entre AGO et AGE (distinction calquée à tous égards sur celle qui avait lieu en matière de société anonyme); il n'y a désormais qu'une catégorie d'assemblée laquelle délibère dans les conditions de quorum et de majorité prévues pour les sociétés anonymes au titre des AGO (L 228-65 et renvoi à L 225-98). – En quelque sorte, il n'y a plus de véritable minorité de blocage lors de décisions importantes (cf. p. ex. L 228-65.I.2°, 4° et 5°).-

La véritable *protection des minoritaires* résulte pour l'essentiel de l'interdiction absolue faite aux assemblées « d'accroître les charges des obligataires » ou « d'établir un traitement inégal » entre eux au sein d'une même masse ou bien encore de décider la conversion des obligations en actions en dehors des cas prévus par ailleurs à propos des obligations convertibles (article L 228-68 et renvoi à L 225-167 ... toutes dispositions d'ordre public); - de toute une série d'interdictions pesant sur les sociétés émettrices, notamment lorsqu'il s'agit d'obligations complexes ou ouvrant éventuellement droit au capital social; - du contexte actuel des émissions qui

n'a plus rien à voir avec le contexte originare envisagé par la réforme de 1966 (existence et surveillance de la COB ou du CMF en cas d'appel public ; - la plupart des grandes émissions sont souscrites par des investisseurs institutionnels parfaitement aptes et soucieux de défendre leurs intérêts propres et, par voie de conséquence, ceux des minoritaires en raison de l'impossibilité d'instituer un traitement inégal).

31.- b) D'autres groupements sont d'un style beaucoup plus *entrepreneurial*. Il s'agit, par exemple et entre autres, des sociétés civiles dont nous avons vu le rôle éminent comme technique de contrôle des sociétés commerciales (ou d'isolement des biens immobiliers au regard du fonds de commerce, plus fragile en cas de faillite) ; - des multiples formes de sociétés relevant de ce que l'on appelle parfois l'économie sociale (coopératives, mutuelles, sociétés d'économie mixte) ; - des magasins collectifs d'indépendants (L 125-1 et s. c. com.) ; - de certaines sociétés à mi-chemin entre le secteur public et le secteur privé (*noyau dur* créé au moins à titre transitoire lors des dénationalisations). Au sein de cette multitude de statuts spéciaux, seul le GIE (et le GEIE) font figure de groupements de droit commun.

Infiniment souple et contractuel, le GIE, créé en 1967, n'a pas connu le succès que connaîtra plus tard la SAS ; il a souffert et souffre toujours d'un handicap : la responsabilité personnelle des membres du groupement pour les dettes de celui-ci (L 251-6 c. com. et art. 24, 26 du règlement CEE du 25 juillet 1985 pour le GEIE).

En ce qui concerne le GIE, les droits des minoritaires ne peuvent être déterminés que cas par cas et sur le vu du contrat puisque ce dernier, au moins dans l'ordre interne, a toute latitude pour organiser l'administration et le fonctionnement du GIE (art. L 251-8), les conditions d'agrément de nouveaux membres (L 251-9), les conséquences de l'incapacité *lato sensu* frappant des membres du GIE (L 251-20), les droits des uns ou des autres quant au boni de liquidation (L 251-22), les conditions de quorum et de majorité etc.. des assemblées, le nombre de voix attribué à chaque membre ... la seule disposition impérative étant l'obligation de réunir l'assemblée sur la demande «d'un quart au moins des membres du groupement» (art. L 251-10). – Sur de telles bases et sauf appel à la théorie générale de l'abus de majorité ou au principe de la bonne foi dans les contrats (1134 c.civ.) ainsi qu'au devoir de conseil (y compris le conseil de ne pas contracter), on ne voit guère comment dessiner ici un statut des minoritaires.

32.- 2°) En ce qui concerne **les groupements sans personnalité morale**, on évoquera surtout le cas des créanciers dans les procédures collectives de redressement et de liquidation judiciaires.

a) On relèvera ici un aspect juridique étonnant et contraire aux évolutions relevées par ailleurs : *Jadis*, les créanciers du failli étaient réunis en un organe doté de la personnalité morale, la masse des créanciers (terminologie reprise à propos des obligataires), représentée par un syndic. L'existence de cette *masse des créanciers* justifiait l'existence d'un patrimoine de la masse (créances dans la masse, créances sur la masse, créances hors la masse etc..) et la possibilité pour cette institution de faire

voter ses membres et de prendre (éventuellement avec des majorités qualifiées et des quorums à déterminer) toutes sortes de décisions concernant les intérêts des créanciers. – Les évolutions furent progressives (loi de 1838, loi de 1889 etc..).

À titre d'exemple et selon les textes applicables au début des années 1950 (avant les grandes réformes de 1967 et de 1985), l'adoption du concordat nécessitait une double majorité : majorité simple du nombre des créanciers (très difficile à obtenir d'où des réformes excluant du calcul des majorités ceux qui ne prenaient pas part au vote) et majorité des deux tiers du poids des créances ; encore fallait-il, en outre, une homologation judiciaire. – Aujourd'hui, prétexte pris que, en toute hypothèse, les créanciers (notamment les chirographaires) obtiennent rarement un résultat satisfaisant, leurs droits ont été sensiblement réduits (logique dite de Gribouille). Depuis la loi de 1985, il n'y a plus de masse ni de concordat, ni de vote des créanciers. Avec une louable franchise, le législateur, en énumérant dans l'article L 620-1 (ex art. 1^{er} de la loi de 1985) les finalités de la procédure collective, a placé en tout dernier lieu « l'apurement du passif » après la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et celui de l'emploi.

Tout au plus, a-t-on prévu la possibilité de désigner des contrôleurs « parmi les créanciers qui en font la demande au juge commissaire ». Leurs fonctions étant gratuites, astreignantes et source de responsabilités (secret professionnel etc..) du moins pour faute lourde, il est désormais d'observation courante que les contrôleurs sont, généralement, des établissements financiers, de gros créanciers, des cautions (encore que les cautions usuelles, trop proches de l'entreprise ou du chef d'entreprise ne puissent être contrôleurs -art. L 621-13 c. com.-). On comprend, dès lors, que cette institution puisse difficilement être considérée comme protectrice des petits créanciers.

Par ailleurs, des mesures de prévention qualifiées parfois de « *concordats amiables* » ont été instituées par la loi de 1984. Leur importance pratique est considérable (éviter, si faire se peut, un dépôt de bilan). Or, toute la procédure et la mission du conciliateur désigné tendent, en pratique comme d'après les textes, vers « un accord conclu avec les principaux créanciers » ... en pratique les banques, les gros fournisseurs etc.. Si un accord conclu avec « tous les créanciers » est concevable, un tel accord semble rarissime pour des raisons pratiques : impossibilité de faire participer tant de personnes aux négociations et à l'élaboration du protocole ; impossibilité pratique de faire accepter par les créanciers importants et notamment par les banques la présence effective des petits créanciers chirographaires (secret professionnel) et cela tant dans la procédure de règlement amiable stricto sensu que dans le cas d'un mandat ad hoc sur un problème précis (L 611-4 VIII et L 611-6 c. com.).

33.- b) Au sein des groupements sans personnalité morale, constitués sur une base de pur fait ou d'ordre contractuel, on rencontrerait toutes sortes d'exemples pour lesquels l'organisation des rapports entre membres du groupement est, en règle générale, fondée soit, à défaut de dispositions contractuelles, sur le principe d'unanimité (exemple l'indivision), soit sur le contrat et l'application des principes généraux des droits personnels ou réels

(pools bancaires non structurés ; - sociétés en participation ; - réseaux de franchise : cas pour lesquels «l'intérêt du réseau» est expressément prévu dans les codes de déontologie mais où aucune organisation systématique des franchisés n'est prévue). – Sur ce plan et en raison des particularités processuelles du droit français (problème de la défense d'intérêts collectifs), on voit très souvent, s'il y a lieu de se défendre ou de mieux agir, les membres de tels groupements informels se regrouper sous des formes diverses dotées de la personnalité juridique telles que associations syndicales libres de propriétaires, sociétés d'indivision etc.. – Par un étrange paradoxe, on voit très souvent des organisations particulièrement intéressées par la vie des affaires utiliser pour se défendre ou se développer une structure juridique conçue pour le désintéressement, le bénévolat et le non-lucratif, l'association.

B – Une formule (apparemment) désintéressée mais que ne peut méconnaître la vie des affaires : l'association de droit commun ou à statut spécial.

1°) Le droit commun des associations (principes généraux issus de la loi de 1901).

34.- En dépit du nombre considérable d'associations (environ un million, - créations de l'ordre de 50 à 60.000 par an, plusieurs millions de bénévoles à temps partiel et environ 1.300.000 salariés en 1999), les associations, même dotées de la personnalité juridique simple (autres que les associations reconnues d'utilité publique, les congrégations religieuses, les multiples associations agréées pour lesquelles sont imposés des statuts types etc..), reposent sur un *principe de liberté* à valeur constitutionnelle, *liberté ou non d'adhérer* à une association (d'où la condamnation en application tant de la convention européenne des droits de l'homme que de la déclaration universelle des Nations Unies (art. 20.2 : «Nul peut être obligé de faire partie d'une association», de l'affiliation obligatoire à une association communale de chasse agréée) ; - *la liberté de choisir son association* sauf création d'un monopole de telle ou telle association par le législateur lui-même et non pas par le pouvoir réglementaire (cf. art. 34 de la constitution : problème des fédérations sportives ... toute dérogation à cette liberté devant être interprétée restrictivement) ; *liberté réciproque pour l'association* de sélectionner ses membres et de régler les conditions éventuelles de démission, de retrait ou-et d'exclusion ... observation faite que doit être respectée en principe une égalité entre les conditions faites aux adhérents et que la loi elle-même consacre la possibilité de démission à tout instant pour les membres d'une association «qui n'est pas formée pour un temps déterminé» (art. 4 de la loi du 1^{er} juillet 1901).

En ce qui concerne les adhérents et les minoritaires, dans le droit commun des associations, il convient de constater que la loi se borne à indiquer que l'association «est régie, quant à sa validité, par les principes généraux du droit applicables aux contrats et obligations» (art. 1^{er} de la loi de 1901). Dès lors, la liberté statutaire est presque totale, notamment quant aux conditions de nomination des dirigeants, quant au régime des conventions conclues entre l'association et ses dirigeants, quant au régime

des assemblées délibératives des adhérents -dont certains spécialistes relèvent que, même si cela n'est pas d'usage, rien n'impose légalement l'organisation de telles assemblées : Lefebvre « Associations » n° 645-, quant aux pouvoirs desdites assemblées, quant aux modalités de délibération (quorum, majorité, majorité renforcée etc..).

35.- À qui douterait que cette (trop ?) grande liberté soit véritablement utilisée et, notamment, par des associations ayant des activités d'ordre économique et potentiellement lucratives, on opposera les dispositions prises par le droit fiscal en réaction à l'encontre de diverses pratiques.

Afin de déterminer quelles associations doivent être soumises aux impôts commerciaux *lato sensu* (impôt sur les sociétés, taxe professionnelle, TVA etc..), le droit fiscal a élaboré toute une série de critères rappelés en dernier lieu par l'instruction générale du 17 décembre 2001 (BOI-4-H-6-01 et répertoire du notariat 2002 p. 404). Bien plus, la loi de finances pour 2002 (bien qu'émanant, pour l'essentiel, d'une majorité très favorable aux groupements associatifs en général) a pris acte du caractère bien peu démocratique et trop souvent consommateur à sens unique de subventions d'un certain nombre d'associations. – Sur ce plan, on renverra notamment à l'article 6 de ladite loi de finances lequel, à propos de l'exonération de la TVA et de la détermination du « caractère désintéressé de la gestion », exige que, pour le moins, « les statuts et les modalités de fonctionnement assurent la transparence financière, - l'élection régulière et périodique de ses dirigeants, - le contrôle effectif de la gestion par les membres et l'adéquation de la rémunération » des dirigeants « aux sujétions effectivement imposées » aux dirigeants concernés ... Suit, dans ce texte, toute une série de barèmes indicatifs en fonction notamment des ressources propres à l'association, c'est-à-dire de celles qui ne sont pas issues de versements effectués par des personnes morales de droit public ... précision faite que, en toute hypothèse, les rémunérations ainsi visées doivent être versées en application de clauses statutaires « explicites » et si une décision de l'organe délibérant l'a expressément décidée à la majorité des deux tiers de ses membres. – *A contrario*, ce texte est instructif sur l'existence de dérives bien peu propices au contrôle effectif de la gestion par les minoritaires ... mais a priori licites au regard du droit privé (autonomie du droit fiscal).

36.- 2°) Un très grand nombre d'**associations à statut spécial** sont, nous l'avons dit, très proches du droit des affaires et de la vie économique. L'on songera, entre autres, aux multiples associations agréées par l'administration : associations agréées en matière fiscale ; - associations d'actionnaires de sociétés cotées évoquées ci-dessus ; - associations dites de la collecte du 1% logement ... lesquelles, disposent, outre les fonds dits réglementés de fonds dits libres et donc de masses de manœuvres importantes ainsi que, parfois, de patrimoines immobiliers de grande qualité, - associations dites « intermédiaires », agréées par l'État et dont l'objet est d'embaucher des personnes sans emploi rencontrant des difficultés particulières d'insertion ou de réinsertion etc...

37.- Parmi les multiples associations particulières ou à statut spécial, peut-être convient-il de dire quelques mots du syndicat lequel est bien une

forme d'association selon la jurisprudence (Cass. soc. 4 avril 1990 BC.V.n° 164 Conseil d'État 3 décembre 1958 rec. p. 844 etc..). Qu'en est-il du syndicat en ce qui concerne les minorités ? En deux mots et sans nuances, on relèvera essentiellement que :

De longue date (1925), la loi a consacré le concept de *syndicat* « *représentatif* » (avec une évolution de la terminologie) et fixé un certain nombre de critères d'appréciation, à savoir les effectifs, - l'indépendance ... notamment à l'égard de l'employeur ou des partis politiques (cf. dans la jurisprudence récente les affaires relatives au *Front national de la police* Paris 17 juin 1997 Gaz. Pal. 1997.2.somm.501 et au « *Syndicat de la Magistrature* » : Paris 15 mai 2001. Gaz. Pal. 28 mars 2002 p. 41 note Vray), - le montant et l'effectivité des cotisations, - (expérience et ancienneté). Ces critères n'ont pas à être tous réunis cumulativement. Cette représentativité est reconnue de *plein droit* et au plan national pour l'ensemble des catégories professionnelles aux grandes centrales syndicales que sont CGT, - CGT.FO, - CFDT, - CFTC ainsi qu'à la CFE-CGC pour les seuls cadres ... et aux syndicats affiliés. Un contrôle juridictionnel de la représentativité existe tantôt administratif (au plan national), tantôt judiciaire (au plan local de l'établissement de l'entreprise).

Il n'y a pas juridiquement de syndicats majoritaires ou minoritaires. Toutefois, les syndicats dits représentatifs se partagent le monopole de toute une série de prérogatives. Cela se traduit par des conflits juridico-politiques lorsque de nouveaux syndicats veulent se faire une place au soleil (cf. par exemple « S.U.D. » après, entre autres, les récentes élections à EDF : voir *Le Monde* du 20 mars 2002 p. 20) ou lorsque des anciens syndicats sont sur le déclin (cas par exemple de CGT-FO sous la IV^e République).

38.- Il n'y a, en droit pur, ni obligation de se syndiquer -au demeurant, le taux de syndicalisation avec paiement des cotisations effectif n'est pas très élevé en France- ni obligation de maintenir son adhésion - encore que le non-droit joue ici quelque rôle- ni même obligation de respecter les consignes syndicales notamment, si ces dernières venaient à porter atteinte à la liberté du travail de l'adhérent ou de tiers non grévistes. Une exclusion ou des sanctions (blâme en pratique) au sein du syndicat ne peuvent donc pas être prononcées de manière discrétionnaire par les dirigeants sans le respect, en la forme, des droits de la défense (savoir ce que l'on vous reproche et pouvoir s'expliquer) et sans le respect, sur le fond, des statuts ainsi que de l'ordre public (il n'y a pas de faute à ne pas avoir suivi une consigne illicite et/ou dangereuse pour la sécurité des tiers ou des installations industrielles). En fait, tout ceci évoque les difficultés relatives à la recherche du juste motif dans la révocation des dirigeants sociaux (au plan des indemnités) mais, ici, les contentieux semblent peu nombreux et cela pour des raisons sociologiques évidentes : Pourquoi se battre afin de rester dans une organisation syndicale où on sera, désormais, mal vu ... alors qu'une autre est prête à vous accueillir si vous tenez absolument à être syndiqué ?

À vrai dire, les exclusions semblent concerner plutôt le cas de faits objectivement graves (et risquant de jeter un discrédit sur le syndicat) ou des purges et règlements de conflits entre dirigeants ou animateurs de courants et de tendances opposées au sein du syndicat.

39.- **Au total et pour conclure** : Contrairement à certains idées reçues, il semblerait plutôt que :

- Le droit des affaires reste très largement d'ordre contractuel ;
- Le droit des affaires reste également le droit des forts mais, dans toute la mesure du possible, celui du combat loyal où, notamment dans les sociétés commerciales, majorité et minorité se comptent sur des bases relativement claires ;

Par un étrange paradoxe, les risques majeurs d'abus de la force brutale majoritaire (ou plus exactement contrôlaire même minoritaire) dans un groupement ne se situent peut-être pas là où on les attendait, c'est-à-dire dans le monde « impitoyable » des sociétés de capitaux ... à tel point que, afin d'éviter certains dysfonctionnements à l'encontre des minoritaires, ainsi que le retour de certains scandales financiers (au profit des dirigeants), le législateur de droit fiscal (comme de droit privé) étend progressivement des modes de consultation, de contrôle des comptes etc.. issus du droit des sociétés à tous les groupement liés à la vie économique et notamment aux associations.