

BREVES REFLEXIONS SUR L'INTERET SOCIAL

Jacques MESTRE, Président de l'Association Française des Docteurs en Droit

Cet article a déjà paru dans la Revue Lamy Droit Civil du mois d'octobre 2019, p.27 et s. Avec nos remerciements de l'AFDD pour les éditions Wolters Kluwer France.

La vie d'une société n'est pas toujours celle d'un long fleuve tranquille ! Parfois, les difficultés financières la rattrapent et compromettent sa survie ou, à tout le moins, celle de nombre d'emplois salariés qui lui étaient attachés et compliquent en parallèle ses relations avec fournisseurs ou sous-traitants. Parfois, à l'inverse, ce sont les substantiels bénéfices qu'elles réalisent qui sont la source de ses problèmes parce que majoritaires et minoritaires s'opposent alors en assemblée générale sur le sort qu'il convient de leur attribuer, les uns privilégiant une politique prudente de réserves tandis que les autres s'expriment en faveur d'une distribution immédiate de dividendes. Dans d'autres cas encore, tout baignerait, si l'on ose dire, dans l'eau limpide si les dirigeants du groupe dans lequel cette société s'insère respectaient l'autonomie de chacune des structures concernées, tandis que dans d'autres hypothèses, et là encore de façon diamétralement opposée, l'harmonie globale résulterait de la possibilité de pratiquer une entraide financière entre sociétés sœurs ou entre la mère et sa filiale... Autrement dit, le monde des sociétés est à bien des égards similaire à celui des personnes physiques, fait d'imprévu, de diversité, de contradictions, et dès lors, souvent rebelle à une appréhension normative qui entendrait promouvoir des règles générales et abstraites.

Heureusement, il est un personnage et un concept qui introduisent précisément ici la souplesse souhaitable. Le personnage, c'est le juge dans lequel les spécialistes du droit des sociétés ont longtemps vu l'empêchement de tourner en rond, s'immisçant inconsidérément dans les affaires sociales, avant de s'accorder aujourd'hui sur ses incontestables mérites (cf. J. Heinich, Intérêt propre, intérêt supérieur, intérêt social, Rev. sociétés oct. 2018, p. 568 et s. ; B.Cavalié, C.Heintz et S.Kfoury, L'exploitation judiciaire de l'urgence, Gaz.Pal.19 juin 2019, p.15), fruits d'une grande réactivité et d'une réelle sagesse, souvent issues de la pratique consulaire. Et le concept, c'est celui d'intérêt social. Un concept jusqu'ici ignoré de la loi, au moins dans son expression formelle associant les deux termes, et donc un concept d'origine essentiellement prétorienne, à partir duquel le juge a pu, au fil du temps, s'auto-attribuer un certain nombre de pouvoirs destinés à protéger l'entreprise sociétaire, à assurer sa pérennité, à apaiser les conflits qui la minent de l'intérieur ou l'assiègent de l'extérieur, et à prévenir aussi quelques dommages imminents susceptibles de la mettre en péril. Bref, à

faire œuvre utile et créatrice, au service bien plus d'une institution économique et sociale que du contrat qui lui a donné naissance et dont les parties initiales s'avèrent exagérément préoccupées par la recherche de leur intérêt personnel...

Ainsi l'intérêt social est-il progressivement devenu la boussole de ces interventions judiciaires dans la vie des sociétés, ainsi que le révèlent de très nombreuses décisions, rendues en des domaines très variés. Arrêtons-nous sur quelques-unes d'entre elles, particulièrement évocatrices.

Ici, la Cour de cassation (Cass. com., 8 nov. 2016, n° 14-21.481, Bull. Joly Sociétés 2017, p. 117, note P.-L. Périn, RTD civ. 2017, p. 147, obs. H. Barbier) n'hésite pas à considérer que si la procédure de conciliation et de sortie prévue par les statuts d'une SAS a bien vocation à s'appliquer en cas de désaccord entre les associés, son respect préalable n'emporte cependant pas, exceptionnellement, fin de non-recevoir à la demande de désignation en justice d'un administrateur provisoire dès lors que l'intérêt de la société le commande, celle-ci étant menacée d'un péril imminent du fait de la grave mésentente entre ses organes de direction.

Là, cette même juridiction (Cass.com., 14 nov.2018, n°17-11103, Rev.sociétés juin 2019, p.401, note D.Schmidt) précise, à propos d'une SAS dont les statuts exigeaient un juste motif pour la révocation du président, que « *la perte de confiance dans un dirigeant devient un juste motif de révocation si elle est de nature à compromettre l'intérêt social* ».

Là encore (Com., 20 février 2019, n°17-12.050, RJDA 2019, n°503, p.621), c'est la qualification d'abus de majorité qui conduit les juges à apprécier très concrètement cet intérêt social, à propos d'une absence prolongée de distribution de dividendes. Les juges du fond avaient en l'espèce écarté cette qualification en considérant que les décisions d'assemblée générale, imposées par le majoritaire gérant de la société, n'étaient pas contraires à l'intérêt social car elles pouvaient apparaître comme des mesures de prudence prises dans un contexte économique très difficile pour le secteur économique considéré (crise des *subprimes*, faillite de *Lehman Brothers*, début de la crise grecque...). Or la Cour de cassation exprime sa divergence dès lors que, sur la période considérée, le majoritaire avait par ailleurs fait adopter un doublement de sa rémunération de gérant !

Là enfin, c'est un abus de minorité qui se trouve stigmatisé par des juges observant que les minoritaires, en votant contre une augmentation de capital indispensable à la survie de la société, avaient directement méconnu l'intérêt social et poursuivi au contraire leur intérêt très égoïste de ne pas voir diluée leur participation au capital social (Com., 18 juin 2002, n°98-21967, Bull.Joly Sociétés 2002, p.1197, note L.Godon).

Ainsi, l'intérêt social est-il incontestablement aujourd'hui la pièce centrale d'un arsenal judiciaire mis au service de l'entreprise sociétaire, perçue comme une entité économique et sociale distincte de la personne même de ses associés et susceptible d'englober, au moins le temps d'une mesure salvatrice, ses salariés mais aussi, le cas échéant, ses partenaires d'affaires. Sans pour autant d'ailleurs que toute question d'ordre juridique disparaisse par le fait même, et que tout problème de fond se trouve *ipso facto* aplani. Là encore, quelques exemples pour nous en convaincre, et venir constater qu'au final, **l'intérêt social demeure placé, de nos jours encore, au cœur de bien belles problématiques de droit privé général...**

Nous prenions à l'instant l'exemple de l'abus de minorité. Voilà assurément un cas qui continue à interpeler **le droit de la responsabilité**. S'il est en effet acquis depuis longtemps que les associés minoritaires, en faisant prévaloir leur intérêt personnel sur l'intérêt social, engagent leur responsabilité civile, les divergences subsistent sur le mode de réparation approprié. Doit-on s'en tenir à de simples dommages-intérêts ? Peut-on envisager la nomination d'un mandataire *ad hoc* qui voterait en lieu et place des minoritaires récalcitrants et se ferait lui-même juge de l'intérêt social à satisfaire lors d'une prochaine assemblée générale convoquée pour les besoins de la cause ? Ou bien pourrait-on, dans une approche plus dynamique et réactive de la sanction, concevoir une décision judiciaire valant acte, c'est-à-dire portant ici adoption de la délibération votée d'ores et déjà par les majoritaires conformément à l'intérêt social ? Nous nous sommes à différentes reprises exprimé en faveur de cette troisième solution, à la réflexion moins disruptive qu'une annulation pour abus de majorité sur laquelle l'unanimité est faite depuis longtemps et par laquelle, pourtant, l'intérêt social suffit à détruire une délibération voulue et adoptée par les majoritaires, mais reconnaissons-le humblement, sans connaître le moindre succès puisque la troisième chambre civile (Civ.3^{ème}, 21 décembre 2017, n°15-25.627, RJDA 2018, n°327) vient encore d'affirmer qu'« *un abus de minorité n'est pas susceptible d'entraîner la validité d'une résolution adoptée à une majorité insuffisante* »...

Prenons maintenant un très récent arrêt de la chambre commerciale (Com., 22 mai 2019, n°17-13.565, D.2019, p.1316, note D.Schmidt). Cette fois, c'est **la théorie des conflits d'intérêt** qui s'est trouvée superbement sollicitée puisque la question inédite soulevée était de savoir si l'administrateur d'une société mère manque, ou non, à son devoir de loyauté envers elle en ne votant pas au sein de la filiale dans le sens qu'avait préalablement décidé le conseil d'administration de la mère. Le cas d'espèce posait excellemment le problème puisque, en l'occurrence, le conseil d'administration de la société mère avait décidé à la

majorité de ses membres que ses deux actionnaires majoritaires se porteraient ensuite candidats à la présidence et à la direction générale des filiales, et que certains administrateurs de la mère, également membres du conseil d'administration des filiales, avaient cependant voté ensuite contre lesdites candidatures ! Or la solution donnée par la Haute juridiction est des plus intéressantes car éminemment respectueuse de l'intérêt social des filiales : pour se prononcer sur un prétendu manquement au devoir de loyauté, les juges doivent au préalable « *rechercher si la décision prise par le conseil d'administration de la société mère n'était pas contraire à l'intérêt social de ses filiales* ». Autrement dit, en cas de conflit d'intérêts entre mère et fille, l'administrateur des deux doit, tout au moins dans le cadre de la gestion de cette dernière, donner la priorité à la fille, c'est-à-dire à celle pour laquelle il est en situation concrète de décisionnaire.

Considérons enfin **le droit commun des contrats** pour nous demander, cette fois-ci, si la contrariété à l'intérêt social peut ou non fonder l'annulation d'un contrat passé par la société. L'interrogation est naturellement d'une grande importance, non seulement théorique, mais encore pratique, car si une réponse affirmative lui est apportée, la nullité qui en découlera sera sans doute qualifiée d'absolue, au moins dans la majorité des cas, et donc ouverte à tout intéressé...

À notre connaissance, elle n'a pourtant jamais été posée de manière frontale, et mérite donc une particulière réflexion. D'un côté, on ne peut qu'être sensible à la place qu'a aujourd'hui prise l'intérêt social dans l'appréhension judiciaire des actes sociaux et, plus généralement, de la vie des sociétés. Une réponse positive ne paraît donc nullement inconcevable, en particulier pour des contrats qui méconnaîtraient ouvertement cet intérêt social. Mais, de l'autre, on doit reconnaître que le Code civil ne range pas expressément l'intérêt dans les conditions de formation des contrats (pas plus avant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 qu'après). Et si le nouvel article 1145 du Code s'était référé au lendemain de l'ordonnance, s'agissant de la capacité des personnes morales, à l'utilité de l'acte, on sait que ce n'est plus aujourd'hui le cas depuis la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018.

Cela étant, on doit observer que dans le cadre particulier des groupes de sociétés, plusieurs conventions ont déjà été annulées au motif que l'une des sociétés ne trouvait aucun intérêt dans l'avantage conventionnel qu'elle avait accordé à une autre (cf. Lamy sociétés commerciales 2019, n°2132 et 2140 ; voir par ex., à propos du cautionnement consenti par une filiale, Com., 13 nov.2007, n°06-15.826). Par ailleurs en 2014, un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation (Com., 23 sept.2014, n°13-17.347, Bull.civ.IV, n°342), rendu à propos d'une société civile, n'a pas hésité à décider qu'est nulle l'hypothèque accordée par une SCI sur un immeuble social, en garantie de la dette d'un associé, dès lors qu'étant de nature à compromettre l'existence de la société, elle est contraire à l'intérêt

social, et cela même si cet acte entre dans l'objet statutaire (voir également Cass. com., 14 févr. 2018, n° 16-19.762) et en 2016, toujours dans ce même domaine des sociétés civiles, la Cour de cassation (Cass. com., 2 nov. 2016, n° 16-10.363, JCP E 2017, 1111, note N. Jullian) a pris soin, pour écarter la nullité sollicitée, de relever que les juges du fond avaient observé que la sûreté octroyée par une SCI, en garantie des dettes d'un associé, n'était pas contraire à l'intérêt social dès lors qu'elle lui avait permis d'acquérir un patrimoine immobilier et de percevoir des revenus. C'est dire que, pour les sociétés civiles, où la dimension contractuelle prend, il est vrai, un relief tout particulier, la contrariété à l'intérêt social paraît bien ouvrir la voie à une éventuelle nullité.

Alors que, pour les sociétés commerciales où la dimension institutionnelle est plus forte et où la protection des tiers revêt dès lors une force plus grande, le risque de l'annulation paraît moindre, voire carrément écarté, ainsi qu'en témoignent plusieurs décisions récentes concernant des SARL et des SAS. Ainsi la Cour de cassation (Com., 12 mai 2015, n°13-28.504, D.2015, p.1096, obs.A. Lienhard) a-t-elle précisé que la contrariété à l'intérêt social ne constitue pas, par elle-même, une cause de nullité des engagements souscrits par le gérant d'une SARL à l'égard des tiers (au cas d'espèce, une cause de nullité d'une garantie hypothécaire consentie sur un terrain pour conforter le prêt accordé à la société mère du groupe), et que cette solution résulte des dispositions de l'article L. 233-18 du code de commerce, telles que mises en œuvre à la lumière de celles de l'article 10 de la directive 2009/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 ayant codifié la première directive 68/151/CEE du Conseil du 9 mars 1968 (voir également, toujours à propos d'une SARL, Com., 14 févr. 2018, n° 15-24.146, RJDA 2018, n° 512, p. 590 ; et pour les SAS, Com., 14 févr. 2018, n° 16-16.013, Rev. sociétés 2018, p. 378, note R. Dalmau ; Com., 19 sept.2018, n°17-17600, Dr.sociétés 2018, n°207, obs.J.Heinich, Bull.Joly Sociétés 2018, p.627, note J.-J.Barbièri).

Ainsi, on le voit, de belles questions de droit demeurent ici ouvertes... Des questions auxquelles on rajoutera, naturellement, celle(s) suscitée(s) par la promulgation de la loi Pacte n°2019-486 du 22 mai 2019 car, au détour de son article 169, et après de longues et profondes réflexions, consécutives au rapport Notat-Sénard sur « *L'entreprise, objet d'intérêt collectif* », l'intérêt social fait enfin sa grande entrée textuelle dans le monde juridique à travers le nouvel alinéa 2 que cette loi a choisi d'ajouter à l'article 1833 du Code civil. Un alinéa aux termes duquel « *la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* ».

Oui, une grande entrée car opérée au cœur du droit commun des sociétés, et dès lors valant pour toutes les sociétés tant commerciales que civiles, tant plurielles qu'unipersonnelles !

Certes, cet alinéa 2 n'est pas vraiment révolutionnaire, au moins dans ses premiers termes, qui officialisent le rôle de boussole de l'intérêt social et, ce faisant, ne peuvent à notre sens que venir conforter toutes les solutions jurisprudentielles précédemment évoquées, y compris celle sur l'abus de majorité dès lors que l'on voit mal, demain, des juges prenant appui sur l'exclusion de cet alinéa par l'article 1844-10 du Code civil pour venir écarter la nullité d'une délibération imposée par des majoritaires en violation de l'intérêt social, et se priver ainsi corrélativement des ressources de la théorie de l'abus de droit et du droit commun des contrats (voir à ce sujet B. Dondero, La loi PACTE du 22 mai 2019 empêche-t-elle de sanctionner les abus de majorité ?, D.2019, p.1349).

Mais ledit alinéa 2 innove cependant puissamment dans ses termes finaux, en invitant la gouvernance des sociétés à prendre en considération les enjeux sociaux et environnementaux de l'activité sociétale. Qu'est-ce à dire ? Littéralement, que ces enjeux restent extérieurs à l'intérêt social proprement dit, mais qu'il faut cependant les considérer... C'est-à-dire en tenir compte, sans toutefois les rendre prédominants ! Avouons que la tâche de l'interprète ne sera pas des plus aisées, et que la meilleure attitude sera sans doute à l'avenir, tout au moins dans le cadre de la gouvernance, de prévoir des processus décisionnels qui intègrent systématiquement les perspectives sociales et environnementales, procèdent à des études d'impact et surtout, s'ils ne suivent pas au final les directions souhaitables en ces domaines, fassent œuvre de pédagogie en expliquant les raisons de ce choix.

Quant aux juges auxquels, demain, sera demandée la nomination d'un administrateur provisoire, proposé un rachat de droits sociaux qui permettrait d'éviter le prononcé d'une dissolution sollicitée par un associé (rachat actuellement rejeté en l'absence d'une clause statutaire le permettant, et ce depuis Com., 12 mars 1996, n°93-17.813) ou encore soumis un prétendu abus de minorité découlant d'un vote hostile à une prorogation voulue par les majoritaires (voir à ce propos TGI Grasse, 18 février 2019, RJDA 2019, n°499, p.617), les perspectives ne devraient plus être tout à fait les mêmes : l'intérêt social, oui, certes, mais désormais mâtiné de social et d'environnemental pour bien montrer qu'une société ne saurait être la seule affaire de ses associés et que les *stakeholders*, diraient nos amis anglo-saxons, ou bien les parties prenantes, dirons-nous en français version RSE, ont aussi désormais tout leur mot à dire !