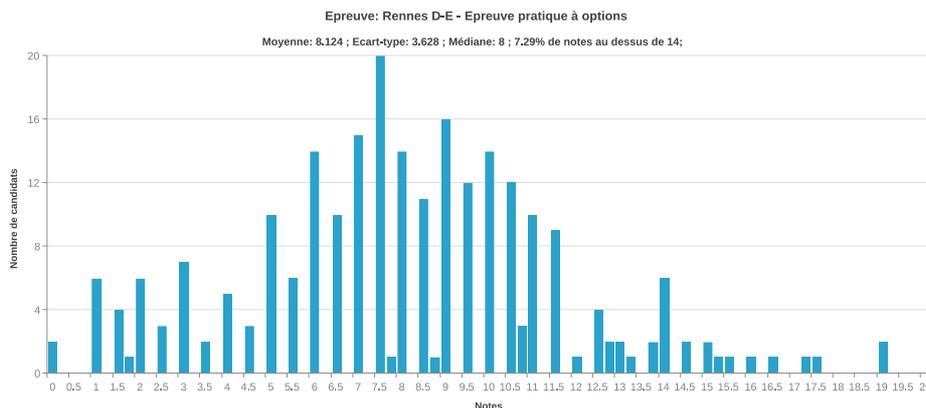


# Rapport de jury Épreuve écrite de droit commercial

## I – Statistiques



## II – Rapport

### Commentaire d'arrêt, droit commercial, ENS Rennes 2024

#### 1 / Analyse de l'épreuve

##### Bilan

L'épreuve du concours de droit commercial proposait, cette année, un arrêt très bref dans lequel la chambre commerciale se contentait d'une formulation laconique : « *Une décision prise à l'unanimité des associés ne peut être constitutive d'un abus de majorité* ». Sur cette seule base, les candidat•e•s avaient la possibilité de réaliser, nous semblait-il, un commentaire très encadré.

\*

La bonne surprise, à propos de cette session 2024, aura été de constater l'incroyable diversité des commentaires proposés et, il convient de le souligner, leur pertinence ainsi que leur profondeur. Nous aurons à revenir sur quelques problèmes de fond récurrents mais, dans l'ensemble, l'épreuve aura montré une évolution très nette au regard des sessions précédentes, notamment parce que l'aspect technique du commentaire nous a semblé parfaitement maîtrisé (alors que ce n'était que le cas pour la partie analytique, l'année précédente).

Ainsi, si nous regrettons, dans notre rapport de 2023, la faiblesse des raisonnements proposés, force est de constater que les préparateurs de l'épreuve et les candidat•e•s ont tenu compte de ces indications, ce dont nous ne saurions que les féliciter. La remarque, faite l'année précédente, de la difficulté à transposer les connaissances théoriques au « monde réel » n'est ainsi plus d'actualité, bien au contraire, et c'est un motif supplémentaire de satisfaction.

\*

Vous trouverez, en annexe à ce rapport, une proposition de corrigé qui n'a, naturellement, qu'une valeur indicative. En effet, nombre de raisonnements personnels nous ont semblés aussi pertinents que celui qui vous est proposé ci-dessous. Au titre des arguments méritant d'être distingués figurent les phases de raisonnement suivants (en substance) :

1 - Dans la SAS, potentiellement, toute décision peut être conditionnée à un vote unanime. Ainsi, de se poser la question de la transposabilité de la solution apportée par l'arrêt au droit commun des sociétés. (Excellent argument qui a d'ailleurs trouvé peu après un écho indirect avec les dernières solutions jurisprudentielles sur la SAS : cette adaptation du droit de vote est réellement problématique)

2 – L'essence contractuelle de la SAS, à laquelle s'ajoute la situation d'espèce, explique peut-être le raisonnement du juge. En effet, le cessionnaire des titres avait été contractuellement averti (au surplus dans une promesse de cession) des sommes qu'il aurait à verser à l'ancien gérant et avait accepté la promesse. Sa mauvaise foi paraissait transparaître à cette occasion. (Ici également, l'argument fait mouche et montre une subtilité de lecture de l'arrêt qu'il convient de souligner)

3 – *A priori*, les faits de l'espèce laissaient entrevoir l'existence d'un abus de biens sociaux. La dimension pénale ayant été réduite à une affaire civile, on serait en droit de s'interroger sur la pertinence de l'action en abus de majorité. (Là également, quelle profondeur de vue !)

4 – Le rapport entre la valeur de la société (8000 euros) et les sommes à verser (plus de 80 000) est de un à dix, ce qui laisse supposer qu'il existait d'autres moyens de contester les rémunérations (les candidat•e•s proposaient différentes solutions, car cet argument a été utilisé à de nombreuses reprises et il aurait effectivement pu aboutir).

5 – Il se peut que des minoritaires, sous couvert d'unanimité aient à voter sous la pression/contrainte, l'unanimité couvrirait-elle, alors l'abus de majorité ? (Là également quelle remarque juste : elle allie la théorie et la pratique)

6 - N'y avait-il pas faute de gestion en l'espèce ? (très très pertinent)

7 – Que vaut cette notion d'unanimité, alors que les deux associés allaient quitter la société et ne se préoccupaient plus du tout de l'intérêt social (autrement dit, cette règle de l'unanimité qui chasse l'abus de majorité est dangereuse dans des configurations de cession par tous les associés). (très très pertinent également)

8 – Que vaut cette règle de l'unanimité lorsqu'il n'y a que deux associés (conjoint, pour certains) ? Peut-on comparer la situation lorsque la société en compte 100 ? (nous ne saurons qu'approuver cette remarque, frappée du sceau du bon sens)

De cette liste non exhaustive d'arguments, on ne peut qu'apprécier la richesse des commentaires qui nous ont été proposés : la chose est assez rare pour être vivement soulignée.

## 2 / Conseils aux candidat•e•s

**Sur la forme**, les copies sont d'excellente qualité. Les candidat•e•s sont bien préparés et le jury n'a aucune remarque à leur communiquer, sinon exprimer sa satisfaction au regard de la maîtrise formelle de l'exercice.

**Sur le fond**, si l'épreuve de l'année 2024 a été marquée par la créativité et la richesse de la réflexion, il n'en demeure pas moins que certaines remarques portant sur le fond du droit méritent de tempérer ce satisfecit.

En effet, des erreurs récurrentes apparaissent, dont la fréquence laisse à penser qu'il convient de les mettre en lumière afin qu'elles ne soient pas répétées :

- l'intérêt social ne saurait être assimilé à l'intérêt commun des associés (voir le corrigé). Les deux choses sont nécessairement distinctes. En effet, il existe désormais deux alinéas séparés pour chaque notion dans l'article 1833, en sa nouvelle rédaction. Ainsi, si l'assimilation des deux notions a pu être proposée par Monsieur Schmidt à une époque, elle n'est plus soutenue en doctrine – et récusée désormais par son auteur lui-même - ;
- l'intérêt social ne saurait être assimilé à la raison d'être de la société (là également c'est clairement inscrit dans le code civil (Art. 1835 al° 2), la solution ne fait donc aucun doute ;
- la société n'est pas un contrat, elle est instituée par contrat, ce qui est très différent (art. 1832 al° 1), il est vrai que certaines positions doctrinales retiennent cette solution de société-contrat mais elles sont extrêmement marginales (et *contra legem*).

#### COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, DU 8 NOV. 2023 / REJET

"Dès que l'abus commence le droit cesse", la célèbre formule du Marquis de Vareilles-Sommières<sup>1</sup> date de 1905, soit plus d'un demi-siècle avant que la chambre commerciale ne forge le concept d'abus de majorité. Elle n'en est pas moins encore d'actualité lorsqu'on considère le nombre considérable de recours dont la juridiction commerciale est saisie sur ce fondement.

L'arrêt qui nous est proposé traite, en exergue, de la mise en œuvre de cette notion d'abus de majorité pour un vote acquis à l'unanimité des actionnaires.

#### Faits de l'espèce

le 21 juillet 2014, Monsieur O, associé majoritaire et Madame R, associée minoritaire de la société MPM, consentent une promesse de cession de l'intégralité des parts de ladite société à M. H pour un prix de 8000 euros.

Le 29 octobre 2014, une assemblée générale de la société accorde unanimement une prime de 83000 € à M. O.  
Le 24 novembre une autre assemblée générale consent, également unanimement, un rappel de salaire au profit de M. O pour un montant de 3049,94 euros.

Le 4 décembre 2014, les associés de la société MPM réitèrent la promesse de cession indiquant dans l'acte le versement de la prime de 83 000 euros à M. O.

M. H, devenu dirigeant de la société au terme de la cession, refuse de verser les sommes allouées par l'assemblée générale lors de ses deux délibérations.

#### Procédure et thèses en présence

M. O assigne alors la société MPM en paiement d'une somme totale de 84 623,05 euros<sup>2</sup>. M. H interviendra à l'instance pour demander la nullité des résolutions des assemblées générales des 29 octobre et 24 novembre 2014, invoquant un abus de majorité. La lecture du moyen du pourvoi, qui évoque un « *jugement* », laisse entendre qu'en première instance, le tribunal de commerce compétent a « *condamné la société MPM à payer à M. [O] certaines sommes au titre des salaires (...) et pour solde de la prime exceptionnelle* ».

L'affaire vient ensuite en appel mais on ignore quelle Cour est saisie ainsi que la position des demandeurs et défendeurs, non plus que la solution retenue à cette occasion. On est en mesure, cependant, de comprendre que la société MPM et/ou M. H a (ont) interjeté appel en contestant le jugement qui les contraignait à payer M. O.

Un recours en cassation est formé, la chambre commerciale rendant un arrêt le 13 janvier 2021 (pourvoi n° 18-21.860). Cependant, ici encore, comme devant le second degré de juridiction, on ignore l'identité de l'auteur du pourvoi ainsi que la solution rendue en droit. En revanche, on sait que l'arrêt de la première Cour d'appel est cassé<sup>3</sup> et renvoyé devant la Cour d'appel d'Orléans.

La Cour d'appel d'Orléans, le 10 mars 2022, rejettera les demandes d'annulation des résolutions des assemblées générales de la société MPM. Elle le fera au motif, rapporté, que « *les décisions critiquées ont été prises à l'unanimité, de sorte qu'on ne peut considérer que les décisions, auxquelles l'actionnaire minoritaire a participé ont été prises à son détriment* ».

La société MPM et M. H forment, alors, un second pourvoi en cassation<sup>4</sup>. Ce moyen est unique et composé d'une seule branche, s'appuyant sur un défaut de base légale au regard des articles 1832, 1833 et 1844 du code civil.

#### Moyen du pourvoi

Le moyen unique repose sur la contestation de l'application que la Cour d'appel d'Orléans fait de l'abus de majorité. Selon les auteurs du pourvoi, la cour ne pouvait pas affirmer qu'une des conditions pour que l'abus de majorité soit retenu, savoir « *l'unique dessein de favoriser les majoritaires au détriment des minoritaires* », n'était pas remplie en raison d'un vote à l'unanimité. Toujours selon les auteurs du pourvoi, en effet, l'abus « s'apprécie objectivement et peut exister nonobstant le vote du minoritaire en faveur de la délibération sociale litigieuse ».

<sup>1</sup> Revue trimestrielle de droit civil (RTDciv., 1905)

<sup>2</sup> il convient de supposer qu'une partie – ou la totalité - des rappels de salaires a été versée.. « certaines sommes au titre des salaires ».

<sup>3</sup> Sur le fondement d'une autre motivation, après substitution de motif : pas de constat d'une fraude ou d'un abus.

<sup>4</sup> Il n'y a pas réunion d'assemblée plénière car ce pourvoi n'a pas de rapport avec le précédent, la cour d'appel de renvoi s'est bien inclinée devant la Cour de cassation (cf. note précédente).

## Réponse de la Cour de cassation

La Cour de cassation répondra qu'« *une décision prise à l'unanimité des associés ne peut être constitutive d'un abus de majorité* ».

### Intérêt de l'arrêt

Ce faisant, le juge du droit coupe court à toute spéculation. Il évacue, en effet, la notion d'appréciation « *objective* » de l'abus de majorité. Par la même, il ne calque pas non plus son raisonnement sur l'analyse des juges d'appel qui avaient relevé que l'abus de majorité n'était pas constitué car le vote n'avait pas été inspiré par la volonté de nuire au minoritaire.

### Problématique

Indépendamment de l'impossibilité d'assimiler un vote unanime à un vote majoritaire – ce que souligne la chambre commerciale -, **peut-on analyser l'abus en lui-même (d'ici de façon « objective ») c'est-à-dire sans tenir compte de la situation des minoritaires ou, au contraire, conserver ou renforcer leur protection ?**

### Plan

La réponse mérite d'être très nuancée car il faut la replacer dans le contexte plus général de la **diversité des critères relatifs aux abus de position des associés lors des assemblées générales (I)**. Il ressort en effet de ces différents types d'abus : de majorité, de minorité, d'égalité ; **que leurs critères de qualification respectifs semblent pouvoir être appréciés soit isolément, soit globalement**. Toutefois, si on peut relever de l'imprécision dans les notions qui structurent l'appréciation de l'abus de majorité il convient de considérer que **c'est avant tout un vote nocif ou nuisible, et que c'est à ce titre qu'il doit être sanctionné (II) en dépit des flous notionnels qui l'entourent**.

## I / La diversité des critères des votes abusifs des associés

La notion d'abus de majorité, dont une nouvelle analyse est demandée ici par l'auteur du pourvoi, repose sur une **jurisprudence hardie (A)** de la chambre commerciale. Elle a donné lieu à de **nombreuses déclinaisons (B)** sur lesquelles l'auteur du pourvoi va pouvoir raisonner implicitement pour étayer son argumentation.

### A / L'abus en assemblée générale, une jurisprudence hardie

Le défaut de base légale est invoqué, dans le pourvoi, à l'appui de **l'article 1832** du code civil qui dispose que : « *La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter* ».

**L'article 1833**, ensuite, tel qu'il résulte de la rédaction de la loi pacte du 24 mai 2019, établit que : « *Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés. La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité.* » **L'article 1844** du code civil, quant à lui, précise dans son premier alinéa que « *Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives* ».

Ce *patchwork* de textes, utilisés à l'appui du pourvoi masque mal, hormis la mention nouvelle (en 2019) de l'intérêt social de l'alinéa 2 de l'article 1833, que la notion d'abus de majorité a été construite de toute pièce par le juge.

On en trouve en effet l'origine dans l'arrêt « Société des anciens Établissements Picard » du 18 avril 1961, (n°59-11.394), qui posera comme principe que l'abus de majorité est constitué lorsqu'une décision collective a « **été prise contrairement à l'intérêt général de la société et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment des membres de la minorité** ».

Cette jurisprudence apparaît ainsi particulièrement audacieuse en tant qu'elle met en œuvre **deux notions qui ne sont pas définies dans le code civil : l'abus et l'intérêt social**. En l'espèce, cette absence de définition va être utile aux auteurs du pourvoi pour (cf. partie II) face à la Cour de cassation.

### B / La variété des critères des positions abusives, justification implicite du pourvoi

La construction jurisprudentielle **ne va pas se limiter**, cependant à la seule notion d'abus de majorité :

**L'abus de minorité**, en premier lieu, va s'y ajouter, qui sera défini comme l'attitude d'un actionnaire, contraire à l'intérêt général de la société en ce qu'elle empêche la réalisation d'une opération essentielle pour celle-ci ( par exemple : *Cass.com., 31 mars 2009, 08-11860* ). Un tel comportement est estimé comme étant abusif car il a uniquement pour objet de favoriser ses intérêts propres et, ce, au détriment de ceux de l'ensemble des autres associés. On en trouve l'origine dans l'arrêt Flandin (*Cass. com., 9 mars 1993*) situation topique d'un rejet par le minoritaire d'une augmentation de capital, situation qui s'avère fréquente lorsque l'entreprise éprouve des difficultés.

Enfin, la chambre commerciale sanctionnera ultérieurement **l'abus d'égalité** (*Cass. com., 16 juin 1998, n°96-13997, Curri c/ Curri et autre*), situation dans laquelle un associé égalitaire empêche la prise d'une décision essentielle pour la société, dans l'unique dessein de favoriser ses propres intérêts au détriment de l'autre associé. Il s'agit souvent, en pratique, d'un conflit entre époux transposé au vote sociétaire, comme dans l'arrêt *Curri* susmentionné.

Conséquences de la variété des différentes situations dans lesquelles l'abus peut être constaté, le minoritaire lui-même fait l'objet de sanction(s) par le juge et l'abus, matérialisé par un vote *nocif*, voire *nuisible* (*cf., infra*) n'est donc pas l'apanage de la majorité. **On peut en déduire aisément que la notion d'abus de majorité n'a jamais été conçue en vue de protéger les minoritaires.**

**L'auteur du pourvoi d'affirmer, alors que l'abus est une notion « objective » qui doit être appréciée comme telle, c'est-à-dire en étant détaché de l'examen de la position du minoritaire.**

## **II / L'appréciation des critères de l'abus de majorité, vote nuisible**

On peut se demander, cependant, ce que cette notion d'abus de majorité « objectif » recouvre. Elle pourrait d'abord, consister à écarter l'examen de la protection du minoritaire mais, également, inviter à examiner les critères de l'abus ensemble et non séparément (A). Pour autant, l'appréciation combinée des critères est un exercice difficile qui **n'est pas exempt d'incertitudes (B).**

### **A / L'hypothèse de l'appréciation séparée des critères**

**En l'espèce, les auteurs du pourvoi semblaient faire reposer leur raisonnement sur le fait que la sanction du vote n'est pas nécessairement liée à la protection du minoritaire. En effet, ils souhaitaient établir l'abus de majorité dans un contexte difficile puisque dans cette affaire, les majoritaires ne souhaitaient pas nuire aux minoritaires. Il manquait un élément pour qualifier l'abus de majorité.**

**Par ailleurs, on peut s'interroger autrement sur leur raisonnement. Ne revendiquent-ils pas que l'appréciation de l'abus devrait être réalisée en relation avec la nocivité du vote, c'est-à-dire en appréciant globalement les trois critères et non séparément ?**

**A notre connaissance, la question n'est pas tranchée explicitement en droit mais, implicitement cette fois, il nous semble que les trois critères sont toujours examinés séparément et cumulativement (cf. supra sur la jurisprudence).**

Cette technique de l'analyse séparée peut trouver également une assise dans les textes. En effet, la notion d'abus dans le vote serait avant toute chose un abus de pouvoir (*cf., la sanction de l'abus de pouvoir ou de voix des articles L. 241-3 al° 5 et L. 242-6 al° 4 du code de commerce*). Il s'ensuit que l'abus de vote peut être apprécié isolément, selon d'autres textes, alors pourquoi pas dans l'abus de majorité ?

Pourtant, on peut comprendre que la logique conduit également à ne pas rejeter l'hypothèse d'un examen global des critères, c'est-à-dire d'une appréciation combinée de ceux-ci. A cet égard, on peut étayer cette position à l'appui de deux arguments :

- D'abord, parce qu'il est indispensable de lier le critère du vote abusif à celui de l'atteinte à l'intérêt social :
  - a) pour pouvoir qualifier l'abus de minorité (sinon quel serait l'intérêt de protéger aussi fortement la majorité alors que c'est elle qui est toujours en position de force...);
  - b) mais également pour qualifier l'abus d'égalité (sinon pourquoi protéger des personnes qui sont égales entre elles... ? Cela n'aurait aucun sens).
- Ensuite, pour consolider le constat de l'abus, car ce qui est sanctionné, c'est un acte unique (le vote) qui nuit à d'autres associés ET à la société (intérêt social) elle-même. Une cause, deux effets, il faut donc traiter la cause au regard de ces deux effets et l'apprécier globalement.

La Cour de cassation, cependant, aura eu la sagesse de ne pas s'attarder à l'examen de ces considérations byzantines. Le juge du droit coupera court au débat, en répondant par un argument d'autorité : « *une décision prise à l'unanimité des associés ne peut être constitutive d'un abus de majorité* ».

## **B / La faiblesse de l'appréciation combinée des critères**

La solution ne peut qu'être fortement approuvée, ne serait-ce que pour les raisons logiques qui viennent d'être évoquées. Le juge du droit n'utilise pas, en effet, un argument juridique mais uniquement rationnel et quasiment arithmétique (  $x = 100\%$  n'est pas comparable à  $y < 100\%$  ) : la solution est donc incontestable.

Nous pouvons cependant nous interroger sur la raison de cette rédaction lapidaire – et reposant sur une logique plus scientifique que juridique -. Elle pourrait, sans doute, résider dans les incertitudes qui sont attachées à la définition des deux notions purement prétoriennes que sont l'abus et l'intérêt social.

- En premier lieu parce qu'il existe des incertitudes sur la notion d'abus, qui n'est ni mentionnée ni définie en matière de droit de vote dans les sociétés. Elle relève, au surplus, d'un constat de fait non contrôlée par la Cour de cassation et, partant, n'a pu non plus être définie en jurisprudence.

- **En second lieu parce qu'il existe encore un flou quant à la définition de l'intérêt social.** On a pu y voir, en effet, tantôt l'intérêt des associés mentionné à l'article 1833 (thèse défendue à une époque par M. le Professeur Schmidt), l'intérêt de l'entreprise (à l'appui de l'arrêt Fruhehauf qui illustre la position du Professeur Cozian), alors que la jurisprudence contemporaine semble se rapprocher actuellement de la thèse de M. le Professeur Dom selon laquelle il s'agirait de l'intérêt de la personne morale. En toute hypothèse, la rédaction contemporaine du Code civil ne laisse guère de doute quant à une des facettes de la question : la société est constituée « *dans l'intérêt commun des associés* » (art 1833 al. 1) mais doit être gérée « *dans son intérêt social* » (art. 1833 al. 2, tel qu'issu de la loi PACTE de 2019). Les deux notions sont donc dissociées.

Il demeure que ces explications sont surtout doctrinales car le juge droit conserve, grâce à son silence sur la question, un pouvoir d'appréciation non négligeable qui lui permet d'adapter son raisonnement aux circonstances de l'espèce. L'appréciation de l'abus de majorité repose donc sur une double incertitude notionnelle, ce qui pourrait expliquer que la solution jurisprudentielle soit aussi affirmée dans la forme, faute de pouvoir l'être sur le fond.