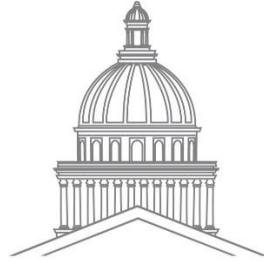


Université Paris II Panthéon-Assas
Institut de droit comparé



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

Master 2 Recherche Droit Européen Comparé
Dirigé par Monsieur le Professeur Louis Vogel

L'abus de majorité, étude comparative
France / Angleterre

David Horowitz

Sous la direction de Monsieur le Professeur Convert

Année universitaire 2016/2017

Remerciements

Je tiens à remercier mon directeur de mémoire, Monsieur le Professeur Convert, pour avoir accepté de diriger ce mémoire et pour tous ses conseils.

Je remercie aussi ma famille ainsi que mes amis, Thomas, Charles, Pierre-Olivier, Yoann et Pierre pour leurs encouragements pendant la rédaction de ce mémoire.

Table des matières

Introduction	4
Titre I : Le développement des actions sanctionnant les abus des majoritaires en droits anglais et français	11
Chapitre I : Création et évolution des actions des minoritaires en droit anglais	12
A. La règle de Foss v Harbottle	12
B. L'exception de la derivative action	15
C. La création législative de l'unfair prejudice petition	20
Chapitre 2 : De l'action sociale ut singuli à la création jurisprudentielle de l'abus de majorité	25
A. L'action sociale ut singuli, des sociétés commerciales à la généralisation de l'action	25
B. Le principe général d'abus de droit, source de l'abus de majorité	29
C. Le développement de l'abus de majorité	33
Titre II : L'unfair prejudice petition et l'abus de majorité, des mécanismes similaires pour des objectifs différents	38
Chapitre I : Le demandeur et la cible de l'action, une relative similarité	39
A. L'actionnaire minoritaire, le demandeur à l'action classique	39
B. La cible de l'action, la divergence en trompe-l'œil	45
Chapitre II : Des conditions différentes, permettant de sanctionner les mêmes cas d'espèce	50
A. Des conditions aux approches différentes mais similaires en substance	50
B. Une application des conditions similaires	53
Chapitre III : Des sanctions divergeant de manière significative	58
A. Un choix de sanctions plus large dans le cadre d'une unfair prejudice petition	58
B. Des sanctions classiques divergentes	60
C. La possibilité exclusive de l'abus de majorité de mener à la dissolution	62
Titre III : La derivative action et l'action ut singuli, un même objectif pour une efficacité différente	65
Chapitre I : Les conditions procédurales plus strictes de la derivative action	66
A. Les conditions procédurales de la derivative action, mélange de forme et de fond	66
B. Le champ encore plus restreint de l'action ut singuli	70
Chapitre II : Les sanctions identiques de la derivative action et de l'action ut singuli	75
Chapitre III : L'attribution des coûts de procédure à la société, avantage de la derivative action sur l'action ut singuli	77
Conclusion	81
Bibliographie	85

Introduction

A première vue, une étude comparée de l'abus de majorité en droits anglais et français n'apparaît pas évidente. Cela pour la simple et bonne raison que l'abus de majorité, élément fondamental du droit des sociétés français, n'existe pas en droit anglais. Plus encore, contrairement au droit français, il n'existe même pas en droit anglais de principe général d'abus de droit. Certes, l'abus de droit n'a jamais été consacré d'une manière générale par un texte en droit français. Cependant, celui-ci est considéré en droit français comme une notion doctrinale et jurisprudentielle rattachée aux principes généraux du droit¹. C'est de ce principe général qu'est issue la notion d'abus de majorité en droit des sociétés français.

L'abus de majorité vient sanctionner, réparer et prévenir un comportement que le juge français considère comme devant l'être. Ce comportement est celui du ou des actionnaires (*N.B. les développements qui suivront s'appliquent cependant, sauf exception éventuelle qui serait alors explicitée, à tous types de sociétés, et donc aussi aux associés par exemple d'une SARL. Cela vaut aussi pour le droit anglais qui ne fait pas de différence entre les types de sociétés sur les questions qui seront développées.*) majoritaires utilisant leur vote dans l'unique but de poursuivre leur propre intérêt, au détriment de la société et des actionnaires minoritaires. Les conditions en droit français sont donc la contrariété à l'intérêt social, et le fait pour la majorité de se favoriser au détriment des actionnaires minoritaires et de la société (cette seconde condition étant aussi souvent appelée la rupture de l'égalité entre les actionnaires).

Bien évidemment, s'il n'existe pas de notion d'abus de majorité en droit anglais, il existe un équivalent. Le juge et le législateur anglais se trouvent aussi, dans la pratique du droit anglais des sociétés, face à un tel enjeu. C'est pourquoi il existe en droit anglais cet équivalent, différent certes, mais venant sanctionner un tel comportement de la majorité.

L'équivalent le plus proche de l'abus de majorité en droit anglais est l'*unfair prejudice petition*, l'action pour préjudice injuste. Cette action est définie par la section 994 du Companies Act de 2006 :

¹ Claude Didry, Pascal Ancel. « *L'abus de droit, une notion sans histoire ?* ». Ancel P., Aubert G., Chappuis C. L'abus de droit, comparaison franco-suisse, Publications de l'Université de Saint-Etienne, p.51.

« L'actionnaire d'une société peut recourir à une pétition aux conditions que (a) les affaires de la société sont ou ont été conduites d'une manière injustement préjudiciable aux intérêts des actionnaires généralement, ou d'une partie d'entre eux (incluant au moins le pétitionnaire), ou (b) qu'un actuel ou proposé acte ou omission de la société (incluant un acte ou une omission en son nom) est ou serait préjudiciable »².

Par conséquent, l'actionnaire minoritaire anglais qui se trouvera dans le cas de figure d'un abus de majorité pourra recourir à l'*unfair prejudice petition* pour s'en protéger, au motif qu'il subit un préjudice injuste. Cependant, une analyse comparée de la sanction des abus de majorité ne peut se limiter à comparer seulement l'abus de majorité et son équivalent le plus proche en droit anglais, l'*unfair prejudice petition*.

La doctrine et la jurisprudence anglaise consacrent beaucoup d'attention à la *minority rights protection*, la protection des actionnaires minoritaires. Dans cette catégorie se situe l'*unfair prejudice petition*, mais aussi la *derivative action*, l'action dérivée inscrite elle aussi dans le Companies Act de 2006³. La différence principale entre ces deux actions étant que l'*unfair prejudice petition* est une action personnelle de l'actionnaire minoritaire en son nom propre, tandis que la *derivative action* est une action de l'actionnaire minoritaire au nom de la société. De plus, la *derivative action* est une action en responsabilité, alors que l'*unfair prejudice petition* offre des sanctions bien plus variées.

Il convient d'expliquer la raison derrière la création de la *derivative action* en droit anglais. Si les dirigeants majoritaires (ou la majorité par le biais de dirigeants de la société qu'elle aura désigné) se favorisent au détriment de la société ou plus généralement commettent des fautes envers la société, celle-ci est censée devoir agir contre les dirigeants lui portant préjudice. Cependant en droit anglais, ce sont ces mêmes dirigeants qui sont censés agir en justice au nom de la société. Il est bien évident qu'ils ne vont pas agir en responsabilité contre eux-mêmes. Le droit anglais prévoit qu'en second recours, ce soit l'assemblée générale qui puisse décider des poursuites au nom de la société. Là encore, la majorité va protéger ses abus en ne

² Section 994, Companies Act 2006: « A member of a company may apply to the Court by petition for an order..... on the ground (a) that the company's affairs are being or have been conducted in a manner that is unfairly prejudicial to the interests of members generally or of some part of its members (including at least himself), or (b) that an actual or proposed act or omission of the company (including an act or omission on its behalf) is or would be so prejudicial ».

³ Section 260, Companies Act 2006.

votant pas des poursuites contre les dirigeants. Par conséquent, la direction majoritaire (ou les dirigeants désignés par cette majorité) peut commettre des fautes à l'égard de la société, sans que celle-ci ne puisse en pratique faire valoir ses droits. C'est pourquoi le droit anglais a développé la *derivative action*, permettant à un ou des actionnaires minoritaires d'agir au nom de la société contre ces dirigeants.

Cette *derivative action* a elle-même un proche équivalent en droit français. Cet équivalent, l'action sociale *ut singuli* (aussi appelée tout simplement action *ut singuli*), est très méconnu en France. L'action sociale *ut singuli* est l'action en responsabilité que peut exercer un actionnaire (minoritaire en pratique comme pour la *derivative action*) à l'encontre des dirigeants sociaux. Sur principe, elle est donc identique à la *derivative action*. Elle s'appelle action sociale *ut singuli* par opposition à l'action sociale *ut universi* qui est l'action sociale exercée par les dirigeants. Si l'abus de majorité et l'*unfair prejudice petition* ont une nature différente (d'un côté un principe général, de l'autre une procédure civile très régulée par la loi) la *derivative action* et l'action sociale *ut singuli* ont une nature l'une comme l'autre procédurale.

Ces quatre actions rentrent donc dans une même catégorie, à savoir la protection des minoritaires contre les abus des majoritaires. Parfois, ces actions viseront les dirigeants, ou bien les majoritaires. Cependant, cela reste la même catégorie d'action pour faire face aux abus des majoritaires. Il est important de noter que, dans une situation de majorité abusive, les dirigeants et les majoritaires ne forment qu'un bloc à l'origine de l'abus. En effet les dirigeants sont soit eux-mêmes majoritaires, soit nommés et soutenus par ceux-ci. Par conséquent, les abus des dirigeants sont le fruit de la volonté des majoritaires qui les soutiennent, et qui d'ailleurs bien souvent leur donnent des instructions.

Par ailleurs ces actions, bien que poursuivant le même objectif général, ne poursuivent pas exactement le même objectif, et n'ont pas non plus forcément le même fondement et la même histoire.

L'*unfair prejudice petition* et l'action en abus de majorité sont à rapprocher et devront être comparés l'un à l'autre, puisque ce sont l'une comme l'autre des actions de l'actionnaire minoritaire à l'encontre des dirigeants sociaux. Cependant, il existe des différences considérables. La première est une procédure civile instituée par la loi, alors que la seconde est l'application de la théorie de l'abus de droit en droit des

sociétés, instituée par le juge français. Il est d'ailleurs intéressant de relever que, contrairement à ce qui se fait usuellement dans chaque système, c'est ici le droit anglais qui passe par la loi, et le droit français par le juge. C'est en général le contraire.

Ces actions ont donc une histoire, des approches, et donc des conditions de nature totalement différente. L'*unfair prejudice petition* nécessite que les affaires de la société soient conduites de manière *unfairly prejudicial* (injustement préjudiciable) à l'encontre de l'actionnaire minoritaire. L'abus de majorité nécessite qu'une décision des majoritaires (mais aussi possiblement des dirigeants, ce sera développé par la suite) soit abusive. Par conséquent, la première action part du besoin de protéger l'actionnaire minoritaire, alors que la seconde part du besoin de sanctionner un abus de droit.

De plus, il sera développé que ces actions ne permettent pas du tout, en pratique, d'obtenir les mêmes sanctions. L'*unfair prejudice petition*, plus intéressée par la nécessité de protéger l'actionnaire minoritaire, permettra principalement de forcer la société ou les actionnaires majoritaires à racheter les actions du minoritaire. L'action en abus de majorité ne permet pas cela, et permet d'obtenir des sanctions radicalement différentes. Il y a donc énormément d'éléments à développer dans le détail, qui permettent de poser la question de la réelle similarité des objectifs de ces actions.

La *derivative action* et l'action *ut singuli* sont elles aussi à comparer l'une à l'autre. Ce sont toutes les deux des actions des actionnaires minoritaires au nom de la société, à l'encontre des dirigeants. La première est d'origine jurisprudentielle puis a été inscrite dans le Companies Act de 2006, et la seconde est d'origine législative. Il est aussi pertinent de se demander si ces actions poursuivent elles aussi le même objectif, malgré un objectif global similaire.

Se pose aussi de manière parallèle, la question de l'efficacité de ces actions à remplir leurs objectifs. En effet, la *derivative action* et l'action *ut singuli* ne sont pas négligées par la pratique sans raison. Ce sont des actions au nom de la société, donc forcément moins intéressantes pour l'actionnaire minoritaire. Si celui-ci obtient des dommages-intérêts, ceux-ci seront reversés à la société. Ces actions sont donc par nature d'une certaine manière altruistes, en ce qu'elles bénéficient aussi aux autres actionnaires. Par conséquent, un actionnaire minoritaire sera moins tenté de l'exercer. Cela sera

d'autant plus vrai quand celui-ci possèdera une part minime du capital de la société. En effet, moins ses participations dans la société sont grandes, moins il bénéficiera des dommages-intérêts obtenus.

Par conséquent, devra aussi être développée la question des coûts de procédure. Si c'est à l'actionnaire minoritaire de payer tous les frais de procédure, alors il devra payer pour une procédure qui ne lui bénéficiera qu'en partie. Par contre, puisque l'action est exercée au nom de la société, il pourrait paraître logique que la société indemnise l'actionnaire minoritaire. Il sera développé que la *derivative action* et l'action *ut singuli* divergent sur ce point. Ce point est cependant très important : sans indemnisation des frais de procédure par la société, l'actionnaire minoritaire ne voudra pas payer des frais de procédure au bénéfice essentiellement des autres actionnaires. Par conséquent, peu importe toute condition ou principe, la pratique négligera une telle action.

Il convient de souligner que ces actions ne sont pas les seules à disposition des actionnaires minoritaires faisant face à une majorité abusive, dans chacun des droits. En effet, par exemple en droit anglais existe le winding up on just and equitable grounds (la dissolution de la société sur le fondement de la justice et de l'équité), qui permet dans les cas les plus extrêmes la dissolution de la société. En droit français, existent par exemple l'action en responsabilité des actionnaires minoritaires à l'encontre des dirigeants, ou même l'action en responsabilité contre la société. Cependant, toutes ces actions sont relativement marginales en théorie comme en pratique, et ne peuvent constituer le cœur de cette étude comparée. Elles seront cependant évoquées dans les développements.

L'objet de cette étude comparée est donc de comparer les principales actions en droit français et anglais, permettant à l'actionnaire minoritaire de faire face aux abus des actionnaires majoritaires, ainsi commis au détriment de la société et donc des actionnaires minoritaires. Ces actions sont essentiellement l'*unfair prejudice petition* et la *derivative action* en droit anglais, l'action en abus de majorité et l'action sociale *ut singuli* en droit français. Ces actions, bien que proches, ont de nombreuses différences qui devront être étudiées.

Ainsi, quelles sont les actions en droits français et anglais permettant à un actionnaire minoritaire, faisant face à une majorité abusive à son détriment et à

celui de la société, de réparer ce préjudice personnel et social ? De plus, ces mécanismes juridiques poursuivent-ils les mêmes objectifs ?

Le droit anglais et le droit français ont développé des actions des minoritaires, leur permettant de faire face aux abus des majoritaires. Ces actions sont le fruit d'une histoire, de principes, et d'un besoin qu'elles venaient combler. Les droits anglais et français ont donc chacun développé des actions des actionnaires minoritaires, soit en leur nom propre, soit au nom de la société. Ce sont respectivement l'*unfair prejudice petition* et l'action en abus de majorité, et la *derivative action* et l'action *ut singuli* (Titre I).

Par conséquent, il conviendra ensuite de comparer l'*unfair prejudice petition* et l'action en abus de majorité. Au premier abord, bien que ces actions soient l'une comme l'autre des actions des actionnaires minoritaires en leur nom propre, elles apparaissent comme ayant une nature et une approche totalement différente. Cependant, celles-ci sont en pratique très similaires tant dans leurs conditions que dans la façon dont elles opèrent en pratique. C'est cependant à nuancer, car l'*unfair prejudice petition* couvre un champ plus large que l'action en abus de majorité. Malgré tout, bien que poursuivant le même objectif global, ces actions permettent d'obtenir des sanctions très différentes (Titre II).

Enfin, il conviendra de comparer la *derivative action* avec l'action *ut singuli*. Ces actions poursuivent le même objectif global, et sont aussi très similaires en pratique, malgré là aussi le champ plus large couvert par la *derivative action*. Cependant, la *derivative action* semble plus apte à accomplir ses objectifs, notamment de par la question de l'attribution des frais de procédure à la société (Titre III).

Titre I : Le développement des actions sanctionnant les abus des majoritaires en droits anglais et français

Le droit anglais a développé des actions permettant aux minoritaires de faire face aux abus des majoritaires. Ce fut d'abord la création par le juge anglais de la derivative action, action des actionnaires minoritaires au nom de la société. Par la suite, l'*unfair prejudice petition* fut créée par la loi, en tant qu'action des actionnaires minoritaires en leur nom propre (Chapitre I).

Le droit français a aussi développé au cours de son histoire des actions des minoritaires. Furent créés l'action *ut singuli*, d'origine législative, qui est aussi une action des actionnaires minoritaires au nom de la société, et l'action en abus de majorité, qui tout comme l'*unfair prejudice petition* est une action des actionnaires minoritaires en leur nom propre (Chapitre II).

Chapitre I : Création et évolution des actions des minoritaires en droit anglais

Le développement des actions des minoritaires s'est fait en trois temps en droit anglais : tout d'abord, a été établie en droit anglais la *Foss v Harbottle rule*. Selon ce principe, c'est la société qui a le monopole de l'action sociale, et il est interdit aux actionnaires minoritaires d'engager une action au nom de celle-ci. C'est aux dirigeants sociaux, et à défaut seulement à l'assemblée générale (et donc aux majoritaires) de décider de l'engagement de l'action sociale (A).

Cependant un tel principe nécessite des exceptions, particulièrement quand les dirigeants sociaux majoritaires bloquent toute action sociale à leur encontre lorsqu'ils sont fautifs. C'est pourquoi le droit anglais a développé la *derivative action*, permettant aux actionnaires minoritaires de poursuivre les dirigeants sociaux au nom de la société (B).

Enfin le droit anglais a aussi développé bien plus récemment, par le biais législatif et non par la Common Law cette fois-ci, une autre action à disposition des minoritaires faisant face à une majorité abusive : l'*unfair prejudice petition* (C).

A. La règle de Foss v Harbottle

La règle selon laquelle toute action ayant pour objet de réparer un préjudice causé à la société, ne peut être exercée que par la société, est admise comme ayant été établie dans l'arrêt *Foss v Harbottle* de 1843. Bien que cet arrêt soit considéré comme étant la référence historique de l'établissement de cette règle, certains arrêts antérieurs avaient déjà conduit à des décisions similaires.

C'est le cas notamment de l'arrêt *Carlen v Drury*⁴ de 1812, qui concernait non pas le droit des sociétés, mais le droit des *partnerships*. Le *partnership* est historiquement l'ancêtre de la société en droit anglais. Il remonte au Moyen-Âge mais existe encore aujourd'hui. En l'espèce, l'arrêt concernait Bankside Brewery, un *partnership* de plus de trois cent personnes. Drury était un des trois dirigeants du *partnership*, et les statuts du *partnership* prévoyaient une procédure de destitution des dirigeants en cas de *mismanagement* (mauvaise gestion du *partnership*) par assemblée générale

⁴ *Carlen v Drury* (1812) 35 ER 61.

extraordinaire convoquée par un comité de douze *partners* après audit des comptes du *partnership*. Ceci pouvait mener, toujours selon la procédure prévue dans les statuts du *partnership*, à une dissolution du *partnership* après deux votes consécutifs des trois quarts des *partners*, suivie d'une confirmation en assemblée générale ordinaire. Six membres du comité de *partners* en charge d'auditer le *partnership*, ont donc poursuivi les dirigeants ainsi que les six autres membres du comité pour *gross mismanagement* (mauvaise gestion aggravée), aux fins d'obtenir la dissolution du *partnership* sans passer par la procédure prévue par les statuts.

Les faits s'apparentent donc bien à un abus des majoritaires : les dirigeants contrôlent la moitié du comité d'audit de la société (six membres) en charge d'initier la procédure devant conduire à la poursuite des dirigeants du *partnership* pour *mismanagement*. Ceci permet d'empêcher toute poursuite contre les dirigeants, au détriment du *partnership* et des *partners* minoritaires. C'est pourquoi ceux-ci ont voulu passer outre la procédure prévue par le *partnership*, et aller directement devant la Cour. Dans cette décision, Lord Eldon refuse l'action en justice sur le fondement que :

*« Je pense que je ne peux interférer : les plaignants ont une voie de recours dans leurs propres mains, voie qu'ils n'ont pas utilisée [...] mais je ne peux interférer, avant que les demandeurs aient essayé cette procédure, que les statuts (N.B : du partnership) établissent elles-mêmes »*⁵.

Ainsi Lord Eldon refuse d'accepter l'action en justice, aux motifs que les statuts du *partnership* prévoyaient déjà une procédure pour réparer le préjudice de mauvaise gestion des dirigeants envers le *partnership*. Les demandeurs n'ont pas recouru à cette procédure puisqu'ils sont minoritaires au sein du Comité d'audit du *partnership*, mais Lord Eldon estime être obligé d'empêcher de passer outre cette procédure avant qu'elle n'ait été utilisée, malgré l'abus et la mauvaise gestion des dirigeants. Cette règle de non-intervention à l'égard des procédures des *partnerships* était déjà bien ancrée en droit anglais des *partnerships*⁶. Ce n'est qu'une fois que toutes les

⁵ *Carlen v Drury* (1812) 35 ER 61 « I think I cannot now interfere: the Plaintiffs having a Remedy in their own Hands, to which they have not resorted: desiring to be understood, not to repudiate the Jurisdiction; but that I will not interfere, before the Parties have tried that Jurisdiction, which the Articles have themselves provided ».

⁶ A.J. Boyle, « *Minority shareholder's remedies* » Cambridge University Press 2002, Chapter I, The origins of the Foss v Harbottle rule.

procédures au sein de la société avaient été épuisées, que le droit des *partnerships* anglais pouvait envisager un recours pour les minoritaires.

Cependant, cet arrêt ne concernait que le droit des *partnerships*, et non le droit des sociétés. C'est la décision *Foss v Harbottle* qui créera une règle équivalente en droit anglais des sociétés, à savoir le principe selon lequel seule la société peut engager des poursuites en son nom, et que les minoritaires ne peuvent recourir à une procédure externe à la société que lorsqu'ils ont épuisé toute possibilité de recours aux procédures internes. Deux règles sont posées dans cet arrêt : la *proper plaintiff rule* (règle du plaignant approprié) et le *principle of majority rule* (le principe du contrôle de la majorité).

Selon la *proper plaintiff rule*, la société est le plaignant approprié pour faire valoir ses droits, et doit donc par principe être la seule à pouvoir le faire. La question est ensuite de savoir qui au sein de la société peut engager les poursuites.

C'est là qu'entre en jeu le *principle of majority rule* explicitement reconnu pour la première fois dans cet arrêt par Lord Wigram VC. Selon ce principe les actionnaires majoritaires contrôlent la société, et c'est donc à eux d'engager les poursuites au nom de celle-ci directement ou indirectement. Indirectement par principe puisque ce sont aux dirigeants qu'ils auront nommés qu'il appartient en temps normal de le faire. Directement par exception, par vote d'assemblée générale. Ce principe empêche donc toute poursuite engagée par les minoritaires au nom de la société. Ceux-ci ne pourront donc poursuivre les dirigeants majoritaires au nom de celle-ci. La société, en cas de faute des dirigeants lui portant préjudice, ne pourra donc engager de poursuites.

Cependant, l'arrêt *Foss v Harbottle*, de manière similaire avec le droit des *partnerships*, donne la piste vers une solution pour les minoritaires : ils doivent avoir épuisé tout recours au sein de la société afin de pouvoir potentiellement engager des poursuites au nom de celle-ci. Cet arrêt pose donc à la fois le principe et le chemin vers des exceptions.

L'autre arrêt de référence en la matière fut aussi *Mozley v Alston*⁷ en 1847, où Lord Cottenham LC rejustifie ce principe, sur l'idée que seul celui qui subit un préjudice peut obtenir réparation de celui-ci :

⁷ *Mozley v Alston* (1847) 1 Ph 790.

« *S'il y a un préjudice, ce n'est pas un préjudice envers les plaignants personnellement (N.B. : les demandeurs actionnaires minoritaires), mais envers la société dont ils sont actionnaires* »⁸.

Le problème suite à l'établissement de ce principe, fut que pendant un long moment en droit anglais, les exceptions ne furent pas claires⁹. En effet, celles-ci mirent du temps à se développer en Common Law. C'est dans ce cadre que fut développée la *derivative action*.

B. L'exception de la *derivative action*

La *derivative action* fut la principale exception à la règle du monopole des poursuites de la société développée par la Common Law. Une *derivative action* est une action en responsabilité au nom de la société exercée par un ou des actionnaires, sur la base d'un préjudice causé à la société par une tierce personne¹⁰. Cette personne est en pratique, et c'est la raison de l'existence de cette action, un dirigeant social. L'arrêt de principe, considéré comme celui ayant créé en Common Law la *derivative action*, fut la décision *Burland v Earle*¹¹ de 1902. Dans cet arrêt, Lord Davey pose les deux conditions caractérisant la *fraud on a minority exception* (exception pour fraude sur les minoritaires) ouvrant droit à une *derivative action*.

La première, est l'idée que pour qu'il y ait un recours d'un actionnaire au nom de la société, les contrôleurs de la société soient visés et que ceux-ci empêchent à l'intérieur de la société celle-ci de les poursuivre. Cette condition est appelée celle du *wrongdoer control*, c'est-à-dire le contrôle de la société par les dirigeants fautifs. Ce contrôle doit aboutir à permettre de bloquer toute action sociale. Ainsi dans cet arrêt, Lord Davey affirme que cette condition consiste en ce que :

⁸ Ibid : « *if it be an injury at all, it is an injury not to the plaintiffs personally, but to the corporation of which they are members* ».

⁹ A.J. Boyle, « *Minority shareholder's remedies* » Cambridge University Press 2002, Chapter I, The origins of the Foss v Harbottle rule.

¹⁰ Ibid.

¹¹ *Burland v Earle* (1902) AC 83.

« Les personnes contre qui l'action est poursuivie eux-mêmes possèdent et contrôlent la majorité des actions de la société, et ne permettront pas qu'une action soit portée au nom de la société »¹².

Cela va donc au-delà de la règle posée au milieu du 19^{ème} siècle qui demandait, comme vu précédemment, que les actionnaires minoritaires aient concrètement tout essayé au sein de la société pour engager l'action sociale envers la partie tierce. Cette partie tierce étant en pratique un dirigeant social. Il n'y a donc plus besoin d'essayer d'abord d'engager l'action sociale, avant de se tourner vers les juges.

La deuxième condition concerne le comportement prohibé, la *fraud* (fraude) de la *fraud on a minority exception*, cette *fraud* étant commise par les dirigeants sociaux¹³. La définition de ce comportement est détaillée dans une décision postérieure, l'arrêt *Dominion Cotton Mills v. Amyot*¹⁴ de 1912. Dans cet arrêt, les juges ont expliqué que la *derivative action* ne peut être utilisée que si :

« Les décisions contestées ont un caractère frauduleux, ou vont au-delà des pouvoirs de la société. Un exemple familier est celui où la majorité tente directement ou indirectement de s'approprier eux-mêmes de l'argent ou des biens, ou des avantages appartenant à la société, ou dont les autres actionnaires sont appelés à bénéficier »¹⁵.

Il est très apparent que l'idée de *fraud* se confond quasiment totalement avec l'idée d'abus des majoritaires. L'exemple donné dans cet arrêt est le plus évident et basique des abus des majoritaires. Les majoritaires utilisent leur contrôle de la société pour dilapider les biens de celle-ci en s'accaparant ses biens, en les vendant à très bas prix notamment. De telles décisions sont frauduleuses, car elles se font au détriment de la société et des actionnaires minoritaires, au bénéfice exclusif des majoritaires.

¹² *Burland v Earle* (1902) AC 83, Lord Davey : « the persons against whom relief is sought themselves hold and control the majority of shares in the company and will not permit an action to be brought in the name of the company ».

¹³ A.J. Boyle, « *Minority shareholder's remedies* » Cambridge University Press 2002, Chapter I, The derivative action.

¹⁴ *Dominion Cotton Mills v Amyot* [1912] AC 546 (PC).

¹⁵ *Ibid*, « in which the acts complained of are of a fraudulent character or are beyond the powers of the company. A familiar example is where the majority are endeavouring directly or indirectly to appropriate to themselves money or property, or advantages which belong long to the company, or in which the other shareholders are entitled to participate ».

Les deux conditions de la *fraud on a minority exception* permettant l'accès à une *derivative action* sont donc à la fois la fraude des dirigeants sociaux, et le blocage de toute action sociale par les majoritaires.

Par la suite, les conditions de la *derivative action* durent parfois devenir plus flexibles par pragmatisme. Les conditions de forme (il faut rappeler que la *derivative action* est avant tout une procédure) ont évolué, mais ce sont les évolutions des conditions de fond venant d'être évoquées qui ont eu une réelle importance. Cela dans le but de sanctionner un comportement ayant le même caractère frauduleux, mais ne rentrant pas dans une définition trop stricte des conditions de fond de la *derivative action*.

Par exemple, le fait de dilapider des biens détenus en *equity* (typiquement le cas d'un trust où la société est le trustee) a très vite été reconnu comme une *fraud* dans l'arrêt *Cook v Deeks*¹⁶ de 1916. Cette question n'était pas forcément évidente, car les biens détenus en *equity* ne sont pas détenus en Common Law, c'est-à-dire que la société trustee n'est pas légalement propriétaire des biens.

Cependant un problème en Common Law fut l'interprétation trop stricte par les juges de l'autre condition, celle du *wrongdoer control*. En effet, il est traditionnellement reconnu que pour que cette condition de *wrongdoer control* soit établie, il doit y avoir une majorité absolue détenue par les dirigeants sociaux participant à la fraude sur la minorité.

Cette condition interprétée de manière stricte signifiait donc qu'il fallait détenir au moins 51% des actions (ou plus précisément avoir une majorité de 51% des votes, car toutes les actions n'ouvrent pas au droit de vote en assemblée générale, et même lorsqu'elles le font, ce droit de vote peut être multiple).

C'est notamment dans l'arrêt *Pavlides v Jensen*¹⁷ qu'a été affirmé que les dirigeants sociaux doivent détenir la majorité des droits de vote. Dans cet arrêt le juge Danckwerts J. a cependant le mérite d'élargir un tel contrôle à un contrôle plus indirect, notamment par le biais de *nominees* (personnes désignées pour agir dans l'intérêt d'un autre, ce qui en droit anglais comprend aussi bien un mandataire qu'un trustee).

¹⁶ *Cook v Deeks* [1916] 1 AC 554 (PC).

¹⁷ *Pavlides v Jensen* [1956] Ch 565.

Celui-ci élargit aussi l'appréciation du contrôle au contrôle par le biais d'une société tierce, ayant la majorité des droits de vote au sein de la société concernée.

La jurisprudence a tenté d'être plus flexible, en application de la formule du juge Jessel MR dans l'arrêt *Russel v Wakefield Waterworks*¹⁸ selon lequel la règle de *Foss v Harbottle* :

« ...n'est pas une règle universelle ; en effet, c'est une règle sujette à exceptions, et ces exceptions dépendent beaucoup des nécessités de l'affaire traitée ; c'est-à-dire la nécessité pour la Cour de rendre justice »¹⁹.

Ainsi, certains juges anglais ont voulu passer d'une nécessité d'un contrôle *de jure* de la société, à la possibilité d'un contrôle *de facto* de celle-ci pour que soit remplie la condition du *wrongdoer control*²⁰. Un arrêt majeur sur cette question fut *Prudential Assurance Co. Ltd v Newman Industries Ltd (No. 2)*²¹. Dans cet arrêt de première instance, le juge Vinelott J estime que :

« ...la Cour a compétence pour accepter l'action d'un actionnaire minoritaire, et pour poursuivre l'action en faveur de la société même si les défendeurs, seuls ou ensemble avec les plaignants, n'ont pas une majorité des votes en assemblée générale »²².

Cependant, l'arrêt de *Court of Appeal*²³ (Court d'appel) va à l'encontre de la position du juge Vinelott J, et réaffirme l'obligation d'un contrôle de la majorité absolue des votes par les dirigeants sociaux. Cette interprétation de la Cour d'appel était stricte à l'encontre des minoritaires. Il est tout à fait possible que les dirigeants, bien que ne possédant pas eux-mêmes la majorité des droits de vote, soient nommés et soutenus par des majoritaires qui bloquent l'action sociale à leur encontre. Cette interprétation

¹⁸ *Russel v Wakefield Waterworks* (1875) LR 20 Eq 474 at 480.

¹⁹ Ibid « ...is not a universal rule ; that is, it is a rule subject to exceptions, and the exceptions depend very much on the necessity of the case ; that is the necessity of the court doing justice ».

²⁰ A.J. Boyle, « *Minority shareholder's remedies* » Cambridge University Press 2002, Chapter I, Wrongdoer control.

²¹ *Prudential Assurance Co. Ltd v Newman Industries Ltd (No. 2)* [1980] 2 All ER 841.

²² Ibid « the court has jurisdiction to entertain a claim by a minority shareholder and to make an order in favour of the defendant company even where the other defendants, alone or together with the plaintiffs, do not have a majority of votes in general meeting and where the other shareholders are not parties ».

²³ *Prudential Assurance Co. Ltd v Newman Industries Ltd (No. 2)* [1982] Ch. 204.

ne faisait pas l'unanimité des juges (comme l'opposition entre la Cour d'appel et le jugement de première instance l'illustre), mais a résisté significativement jusqu'à la l'inscription dans la loi de la *derivative action*.

En effet, par la suite la *derivative action* fut inscrite dans le Companies Act de 2006. C'est la *derivative action* telle qu'elle existe aujourd'hui. Le but essentiel de cette inscription dans la loi était certes la modification de la *derivative action*, mais aussi le souci de la simplification et de la modernisation du droit pour améliorer son accessibilité et sa compréhension²⁴. Cette nouvelle *derivative action* (qui sera étudiée en détail par la suite) se distingue de l'ancienne, en ce qu'elle a simplifié les conditions de fond tout en complexifiant la forme.

Sur le fond la condition nécessaire au recours à la *derivative action*, à savoir l'existence de la *fraud on the minority*, n'existe tout simplement plus²⁵. Celle-ci a été remplacée par une nouvelle condition plus large et flexible d'un « *acte ou omission impliquant la négligence, le défaut, le manquement au devoir, ou le manquement du trust par le dirigeant de la société* »²⁶. Par conséquent, les conditions de *fraud* et de *wrongdoer control* n'existent plus depuis le Companies Act de 2006. L'interprétation très stricte du *wrongdoer control* n'est donc plus présente pour bloquer considérablement le recours à la *derivative action*. Un tel relâchement des conditions auparavant strictes de la *derivative action*, a été controversé. Certains se sont opposés à un tel changement, aussi bien chez la doctrine anglaise²⁷ que chez les praticiens²⁸. Il en était ainsi, par peur de voir le contentieux sur la base des *derivative action* exploser.

Le Companies Act de 2006 a aussi modifié les conditions de forme, c'est-à-dire la procédure de la *derivative action*. Une nouvelle procédure à deux étapes, qui sera développée par la suite, a été instituée.

²⁴ Law Commission, Shareholder Remedies: Report on a Reference under Section 3(1)(e) of the Law Commissions Act 1965 (Law Com. No.246, Cm. 3769, 1997), p.7

²⁵ Stephen Griffin, "Shareholder remedies and the no reflective loss principle - problems surrounding the identification of a membership interest", Journal of Business Law 2010 issue 6, p.464.

²⁶ Companies Act 2006 s.260 (3) : « *act or omission involving negligence, default, breach of duty or breach of trust by a director of the company* ».

²⁷ Milner Moore and Lewis, Herbert Smith, « *In the Line of Fire--Directors Duties under the Companies Act 2006* », p 4.

²⁸ Andrew Key and Joan Loughrey, Law Quarterly Review 2008 « *Something old, something new, something borrowed: an analysis of the new derivative action under the Companies Act 2006* » p.469, citant plusieurs cabinets d'avocats anglais : Mills and Reeve et Clifford Chance.

Parallèlement au développement de la *derivative action*, s'est développé en droit anglais l'*unfair prejudice petition*, qui elle aussi finira par se retrouver dans le Companies Act de 2006 aux côtés de la *derivative action*.

C. La création législative de l'*unfair prejudice petition*

Il est clair que l'*unfair prejudice petition* a été créée comme une exception additionnelle à la règle de *Foss v Harbottle* à destination des actionnaires minoritaires, comme l'a précisé le juge Hoffmann LJ dans l'arrêt *Re Saul D Harrison & Sons plc*²⁹, dans lequel il déclare :

« Permettre à la Cour dans le cas approprié d'éviter la règle de *Foss v Harbottle* est une des raisons d'être de cette section (N.B. à propos de la s. 489 du Companies Act de 1985 relatives à l'*unfair prejudice petition*) »³⁰.

L'*unfair prejudice petition* se distingue de la *derivative action* en ce qu'elle est un mécanisme de protection des actionnaires minoritaires d'origine législative. Par ailleurs elle est aussi bien plus récente. Son origine peut être retracée au Companies Act de 1948, qui en sa section 210 disposait que :

« Tout actionnaire d'une société qui reproche aux affaires de la société d'être conduites d'une manière oppressive, envers une partie des actionnaires (incluant lui-même) [...] peut recourir à une [oppressive prejudice] petition devant la Cour selon cette section »³¹.

Ceci n'était cependant que le début de la création de l'*unfair prejudice petition*. En effet la loi utilisait alors l'expression *oppressive*, et pas encore celle de *unfairly prejudicial* (injustement préjudiciable). C'était une action qui ne se voulait pas marginale, mais qui l'est devenue par l'interprétation trop restrictive de la jurisprudence. En effet, comme le rappelle le juge Hoffman LJ encore dans l'arrêt *Re Saul D Harrison plc* :

²⁹ *Re Saul D Harrison plc* [1994] B.C.C. 475.

³⁰ Ibid : « Enabling the court in an appropriate case to outflank the rule in *Foss v Harbottle* was one of the purposes of the section ».

³¹ s.210 Companies Act 1948 : « Any member of a company who complains that the affairs of the company are being conducted in a manner oppressive to some part of the members (including himself) may make an application to the court by petition for an order under this section ».

« *Unfairly prejudicial* est une expression délibérément imprécise, qui a été choisie par le Parlement car la précédente tentative à la section 201 du Companies Act de 1948, de prévoir une action similaire, avait été interprétée trop restrictivement »³².

Ce n'est donc que postérieurement que l'*unfair prejudice petition* fut réellement créée. Ainsi le Parlement pris le choix par la suite de parler d'*unfair prejudice*, à la section 75 du Companies Act de 1980, puis à la section 459 du Companies Act de 1985 modifiée par le Companies Act de 1989. Enfin, les dispositions relatives à l'*unfair prejudice petition* furent transposées mot pour mot dans le Companies Act de 2006, aux sections 994 et suivantes. Cet article dispose donc comme dans le précédent Companies Act que :

« L'actionnaire d'une société peut recourir à une pétition aux conditions que (a) les affaires de la société sont ou ont été conduites d'une manière injustement préjudiciable aux intérêts des actionnaires généralement, ou d'une partie d'entre eux (incluant au moins le pétitionnaire), ou (b) qu'un actuel ou proposé acte ou omission de la société (incluant un acte ou une omission en son nom) est ou serait préjudiciable »³³.

La création de cette action en droit anglais fut une véritable révolution en matière de protection des minoritaires contre les abus des majoritaires. A tel point que lors des années 90, les juridictions anglaises assistèrent à un réel boom des *unfair prejudice petition*³⁴. En effet, les conditions d'une *unfair prejudice petition* sont tellement générales que celle-ci devint très attractive.

D'un point de vue historique, il n'est pas nécessaire d'évoquer ce qui peut être obtenu par l'*unfair prejudice petition*, ceci sera développé par la suite. L'enjeu essentiel lors du développement de la pratique de cette action, fut évidemment de savoir ce qui était *unfairly prejudicial* à l'actionnaire recourant à celle-ci. L'arrêt de principe sur cette question est la décision *O'Neill v Phillips*³⁵ de 1999. Face à une action voulue explicitement très générale, il fallait cependant pour les juges délimiter les conditions

³² *Re Saul D Harrison plc* [1994] B.C.C. 475 « '*Unfairly prejudicial*' is deliberately imprecise language which was chosen by Parliament because its earlier attempt in s. 210 of the Companies Act 1948 to provide a similar remedy had been too restrictively construed ».

³³ s.994 Companies Act 2006

³⁴ David Milman, Company Law Newsletter « *Litigating domestic disputes within companies : continuity or changes ?* », p.3.

³⁵ *O'Neill v Phillips* [1999] 1 W.L.R 1092.

de celle-ci. D'autant que cette décision fut rendue à la fin des années 90, où le nombre d'actions pour *unfair prejudice* s'accroissait fortement.

Dans cet arrêt le juge Hoffman LJ fait un long monologue sur ce qu'il estime être *unfairly prejudicial*. Son raisonnement commence par prendre en compte qu'effectivement, le concept de *fairness* (qui peut être traduit comme étant ce qui est juste, équitable) ne peut pas être un principe à la portée infinie permettant au juge d'accepter une *unfair prejudice petition* à sa discrétion. En effet il affirme que :

« Le concept de *fairness* doit être appliqué judiciairement, et le contenu qui lui est donné par les tribunaux doit être basé sur des principes rationnels. Comme Warner J. l'a déclaré dans l'arrêt *In re J.E. Cade & Sons Ltd* [1992] B.C.L.C 213, 227 : " la Cour ... a une très vaste discrétion, mais elle ne se tient pas sous un palmier " »³⁶.

En effet une définition trop large d'*unfairly prejudicial* serait source de grande insécurité juridique pour la société, les dirigeants, les autres actionnaires etc... Il est nécessaire d'avoir ces principes rationnels définissant ce qui est *unfairly prejudicial*, pour que la société tout comme les demandeurs puissent avoir une idée du comportement considéré comme *unfairly prejudicial*. C'est pour cela qu'il déclare qu'un :

« ...équilibre doit être trouvé entre la large discrétion donnée à la Cour, et le principe de sécurité juridique [...] il est hautement désirable que les juristes soient capables de conseiller leurs clients sur si oui ou non une [*unfair prejudice*] petition est probable de réussir »³⁷.

Le juge Hoffman LJ commence par établir deux catégories de cas pouvant être qualifiés d'*unfairly prejudicial*.

Pour établir la première, il en retourne aux fondements du droit des sociétés. Une société est une association de personnes avec un objectif économique. Les termes de cette association sont contenus dans les *articles of association* (un des documents déposés lors de l'immatriculation de la société, ce sont tout simplement les statuts) ainsi que potentiellement dans des accords collatéraux entre les actionnaires. Par

³⁶ Ibid : « The concept of *fairness* must be applied judicially and the content which it is given by the courts must be based upon rational principles. As Warner J. said in *In re J.E. Cade & Son Ltd*. [1992] B.C.L.C. 213 , 227: "The court ... has a very wide discretion, but it does not sit under a palm tree ».

³⁷ Ibid : « a balance has to be struck between the breadth of the discretion given to the court and the principle of legal certainty [...] It is highly desirable that lawyers should be able to advise their clients whether or not a petition is likely to succeed ».

conséquent, l'expression dans les dispositions législatives relatives à l'*unfair prejudice petition* selon laquelle ce sont « *les affaires de la société* » qui doivent être conduites de manière injustement préjudiciable, implique donc que ce sont les règles de l'association de ces personnes qui ont été brisées. La première catégorie de cas est donc, selon le juge Hoffman LJ, les cas où les affaires de la société sont conduites en violation des statuts de celle-ci³⁸.

Pour établir la seconde il en retourne aussi aux fondements du droit des sociétés, mais à des fondements spécifiques au droit anglais des sociétés. Il commence par rappeler que le droit anglais des sociétés s'est développé à partir du droit anglais des *partnerships*, qui était régi par l'*equity*, tout comme la *societas* en droit romain, comme un contrat de bonne foi. Il est intéressant de voir que le juge anglais utilise ici le concept de bonne foi, car si contrairement au droit français il n'y a pas de principe général d'abus de droit, il n'y a pas non plus de principe général de bonne foi. De ce principe de bonne foi, il en tire que l'*unfairness* peut aussi découler de l'utilisation des pouvoirs au sein de la société de mauvaise foi.³⁹

Il considère pour résumer que pour que l'actionnaire soit injustement préjudicié, qu'il doit avoir une *legitimate expectation* (attente légitime) qui n'a pas été respectée par les majoritaires. Cette *legitimate expectation* consiste en ce que tout actionnaire s'attend à ce que les règles que se sont donnés les actionnaires doivent être respectées. Ces règles, ce sont les articles of association, tout accord autre, ainsi que les dispositions législatives, typiquement celles du Companies Act de 2006. Ce sont aussi toutes les attentes légitimes, non écrites, consubstantielles à l'idée d'une société. Par exemple la répartition des bénéfices entre les actionnaires (ceci joue un rôle important en cas de mise en réserve systématique des bénéfices, comme ce sera développé par la suite).

Ainsi, le manquement à ces règles est un manquement à l'attente légitime de l'actionnaire minoritaire. Pour les dirigeants sociaux le champ est très large. En effet le Companies Act de 2006 pose plusieurs obligations du dirigeant social, les *director's duties* (devoirs du dirigeant). Ces obligations posées par les sections 171 à 177 du Companies Act de 2006 sont respectivement : le *duty to act within powers* (le devoir

³⁸ *O'Neill v Phillips* [1999] 1 W.L.R 1092.

³⁹ *Ibid.*

d'agir dans la limite de ses pouvoirs) ; le *duty to promote the success of the company* (le devoir de travailler au succès de la société) ; le *duty to exercise independent judgement* (le devoir d'exercer un jugement indépendant) ; le *duty to exercise reasonable care, skill and diligence* (le devoir d'agir de manière raisonnablement attentionnée, avec compétence et diligence) ; le *duty to avoid conflicts of interest* (le devoir d'éviter les conflits d'intérêt) ; le *duty not to accept benefits from third parties* (le devoir de ne pas accepter d'avantages de parties tierces en tant que dirigeant) ; et enfin le *duty to declare interest in proposed transaction or arrangement* (le devoir de déclarer tout intérêt qu'il pourrait avoir dans une transaction ou un accord proposé).

L'idée de *legitimate expectation* avait déjà été affirmé dans l'arrêt *Saul D Harrison & Sons Plc, Re* de 1995⁴⁰. Cependant dans *O'Neill v Phillips*, Hoffman LJ préfère désormais utiliser l'expression *equitable considerations*, plus restreinte, de peur que les tribunaux n'aient une appréciation trop large de la précédente expression⁴¹. Il l'anticipait par avance, puisque l'expression *legitimate expectation* a été empruntée au droit public anglais qui l'appliquait donc déjà⁴².

Par conséquent les critères généraux utilisés depuis par le droit anglais pour qualifier une décision d'injustement préjudiciable, sont essentiellement que les affaires de la société sont conduites en violation des règles que les actionnaires peuvent légitimement attendre d'être appliquées. Ce sont les décisions des dirigeants ou des majoritaires prises en violation des *articles of association*, de la loi, ou de toute autre attente légitime d'un actionnaire. Bien qu'ayant donné un cadre délimitant le contour de l'*unfair prejudice petition*, ce cadre reste très général.

Le droit français a lui aussi développé des actions des minoritaires pour faire face à une majorité abusive. Ces actions sont l'action *ut singuli*, action du minoritaire au nom de la société, et l'action en abus de majorité, action du minoritaire en son nom propre.

⁴⁰ *Saul D Harrison & Sons Plc, Re* [1995] B.C.L.C.

⁴¹ Gower and Davis, « *Principles of Modern Company Law* » 9th Edition, 20-10.

⁴² *O'Neill v Phillips* [1999] 1 W.L.R 1092.

Chapitre 2 : De l'action sociale *ut singuli* à la création jurisprudentielle de l'abus de majorité

L'histoire des actions des minoritaires en droit français se distingue sur plusieurs aspects du droit anglais. En droit anglais la *derivative action* fut créée par la Common Law, c'est-à-dire par la jurisprudence. En droit français, cependant, l'action sociale *ut singuli* fut une création législative trouvant son origine dans le droit des sociétés commerciales. Cependant, alors que la *derivative action* s'appliquait dès l'origine à tout type de sociétés, l'action sociale *ut singuli*, de par son origine législative cantonnée aux sociétés commerciales, ne pouvait être utilisée dans d'autres types de sociétés. Ce n'est que par la suite qu'elle fut généralisée à tout type de sociétés en droit français (A).

Le développement de l'abus de majorité en droit français diverge aussi du développement de l'*unfair prejudice petition* en droit anglais. En effet alors que l'*unfair prejudice petition* trouve son origine dans les textes de lois, l'action en abus de majorité fut une création purement jurisprudentielle. De plus, l'action en abus de majorité n'a jamais été inscrite dans la loi comme l'a pu être la *derivative action* en droit anglais. La création de l'abus de majorité repose sur le principe général d'abus de droit en droit français (B).

C'est ce principe général d'abus de droit, qui n'existe pas en droit anglais, qui a permis le développement par le juge français de l'abus de majorité (C).

A. L'action sociale *ut singuli*, des sociétés commerciales à la généralisation de l'action

En droit français tout comme en droit anglais, un des principes fondamentaux du droit des sociétés est que ce n'est par principe pas l'actionnaire qui représente, passe des actes, et agit en justice au nom de la société⁴³. La jurisprudence a maintes fois rappelé ce principe du droit des sociétés français⁴⁴.

⁴³ Le Lamy sociétés commerciales à jour en juin 2017, Effacement de principe de l'actionnaire para. 865.

⁴⁴ Cass. com., 6 déc. 1977 par exemple, ou bien CA Paris, 3^e ch. A, 14 mai 1991.

La majorité est présumée respecter les intérêts de la collectivité des actionnaires⁴⁵, c'est pourquoi il n'appartient pas à la minorité de contester l'appréciation par la majorité de l'intérêt collectif, ni de choisir quelle politique suivre. La minorité ne peut avoir de contrôle qu'en cas de dérives de la majorité⁴⁶. Tout le problème réside en ce que la part du capital détenu par l'actionnaire dans la société, n'est pas proportionnelle à l'influence que l'actionnaire aura dans la prise de décision. Comme l'explique Michel Germain, citant Paul Didier :

« ...les voix, si elles se comptent aisément se pèsent difficilement, car leur poids ne dépend pas de leur valeur intrinsèque mais de leur distribution. Un actionnaire qui détient 40 % du capital et qui, à ce titre, assume 40 % de la perte éventuelle risque de ne peser d'aucun poids dans les délibérations ordinaires si les 60 % autres sont entre les mains du même actionnaire ou du même groupe d'actionnaires. D'où la coupure de la société en deux. On voit alors apparaître un nouveau problème d'agence. Les majoritaires sont en charge des minoritaires et sont, en quelque sorte, sinon leurs mandataires, du moins leurs agents »⁴⁷.

C'est justement parce que dans le cas de dirigeants majoritaires, ceux-ci sont d'une certaine sorte les agents des minoritaires, qu'il est justifié pour les minoritaires d'avoir des recours lorsque ces agents agissent à leur détriment. C'est ce qui a justifié de manière générale le développement des actions des minoritaires en droit français.

C'est donc dans cet esprit, par exception à ce principe de contrôle de la société et donc de l'action sociale par les majoritaires, qu'a été développée l'action sociale *ut singuli* en droit français. Alexis Constantin constate que l'action sociale *ut singuli* a été « conçue légalement palier l'inaction des dirigeants sociaux »⁴⁸. En effet cette action a été créée, tout comme la *derivative action*, dans le but de venir pallier les carences volontaires des dirigeants sociaux qui ne vont pas exercer une action en responsabilité contre eux-mêmes⁴⁹.

⁴⁵ D. Schmidt. Les droits de la minorité. 1969. n 108. tel que cité par Michel Germain, « *Les droits des minoritaires (droit français des sociétés)* » Revue internationale de droit comparé Vol. 54 N°2, Avril-juin 2002, p. 401.

⁴⁶ Michel Germain, « *Les droits des minoritaires (droit français des sociétés)* » Revue internationale de droit comparé Vol. 54 N°2, Avril-juin 2002, p. 401.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Alexis Constantin, « *Nature et régime de l'action sociale ut singuli. Articulation avec l'action sociale ut universi* » Rev. sociétés 2001. 323.

⁴⁹ Vincent Thomas, « *Action ut singuli et demande d'astreinte* » Rev.sociétés 2009. 832.

En droit anglais, l'action sociale exercée par un actionnaire est appelée *derivative action* parce que ce pouvoir est dérivé de celui de la société. En droit français, l'action sociale exercée par un actionnaire s'appelle action sociale *ut singuli* par opposition à l'action sociale *ut universi*, qui est l'action sociale « classique » exercée par les dirigeants de la société.

L'article 17 de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés commerciales parlait déjà d'une action, séparée de l'action personnelle des actionnaires contre les dirigeants, que peuvent exercer les actionnaires⁵⁰. Cependant la loi n'est alors pas encore claire, et ne parle pas encore explicitement d'action sociale. Les choses devinrent bien plus claires dans la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales⁵¹. Dans son Chapitre III sur les sociétés à responsabilité limitée, l'article 52 dispose que :

« Outre l'action en réparation du préjudice subi personnellement, les associés peuvent, soit individuellement, soit en se groupant dans les conditions fixées par décret, intenter l'action sociale en responsabilité contre les gérants. Les demandeurs sont habilités à poursuivre la réparation de l'entier préjudice subi par la société à laquelle, le cas échéant, les dommages-intérêts sont alloués.

Est réputée non écrite, toute clause des statuts ayant pour effet de subordonner l'exercice de l'action sociale à l'avis préalable ou à l'autorisation de l'assemblée, ou qui comporterait par avance renonciation à l'exercice de cette action

Aucune décision de l'assemblée ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre les gérants pour faute commise dans l'accomplissement de leur mandat »⁵².

Des dispositions équivalentes se retrouvent, dans le même texte, au Chapitre IV sur les sociétés par actions aux articles 245 et 246⁵³. Il y a donc cette fois bien mention des termes « *action sociale* ». L'action *ut singuli* est décrite comme une action en responsabilité. De plus, si le deuxième alinéa interdit toute clause des statuts subordonnant l'action sociale à l'avis préalable ou à l'autorisation de l'assemblée ou qui comporterait par avance renonciation à l'exercice de cette action, c'est évidemment

⁵⁰ Article 17 de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés commerciales.

⁵¹ Loi n 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales (version originale non consolidée).

⁵² Ibid article 52.

⁵³ Ibid articles 245 et 246.

pour éviter que les majoritaires puissent, par modification préventive des statuts, empêcher qu'une telle action soit utilisée par les minoritaires. C'est la même idée qui justifie l'existence du troisième alinéa.

Depuis, cette action a été généralisée à tous types de sociétés par la loi du 5 janvier 1988⁵⁴. Cette loi a créé l'article 1843-5 du Code civil. Bien qu'étant écrit légèrement différemment, elle reprend sur le fond quasiment exactement ce qui était auparavant seulement possible dans le cadre des sociétés commerciales. L'action sociale *ut singuli* est donc désormais disponible même dans le cas des sociétés civiles et des sociétés en nom collectif. Aujourd'hui, elle se retrouve dans les sociétés commerciales aux articles : L 223-22. alinéa 3 du Code de commerce pour les SARL ; L 225-252 pour les Sociétés Anonymes ; L 226-1 alinéa 2 pour les Sociétés en commandite par action ; L 227-8 pour les Sociétés par actions simplifiées. Toutes reprennent les interdictions de la loi de 1966 garantissant la possibilité d'exercice de l'action sociale par l'actionnaire minoritaire.

Il faut noter qu'a été créée dans le même temps et existe encore aujourd'hui une action en responsabilité des dirigeants, exercée par un actionnaire en son nom propre, mais qui est en pratique très marginale. Cela est dû au fait qu'il doit montrer que le dirigeant a agi directement à son encontre, or une telle situation est extrêmement rare⁵⁵. En effet, en pratique les fautes des dirigeants envers la société peuvent aussi porter préjudice aux minoritaires. Cependant le préjudice de l'actionnaire est avant tout celui de la société, sa perte n'est que la réflexion du préjudice de la société. Ainsi, la jurisprudence est très ferme sur la question, et oblige l'actionnaire à prouver un préjudice personnel, distinct de celui de la société, pour exercer cette action⁵⁶. Par conséquent, cette situation est non seulement très rare, mais quasiment impossible à prouver en pratique. Cette voie est donc marginale⁵⁷.

Le droit français a donc développé, tout comme le droit anglais, une action en responsabilité au nom de la société, exercée par les actionnaires minoritaires à l'encontre des dirigeants sociaux. Celle-ci existe pour faire face au même problème

⁵⁴ Loi n° 88-15 du 5 janvier 1988 relative au développement et à la transmission des entreprises.

⁵⁵ Michel Germain, « *Les droits des minoritaires (droit français des sociétés)* » Revue internationale de droit comparé Vol. 54 N°2, Avril-juin 2002, p. 410.

⁵⁶ Cass. Com 1^{er} avril 1997. Bull. Joly 1997, p.650, note Barbieri.

⁵⁷ Michel Germain, « *Les droits des minoritaires (droit français des sociétés)* » Revue internationale de droit comparé Vol. 54 N°2, Avril-juin 2002, p. 410.

justifiant l'existence de la *derivative action*. Ce problème est celui de l'abus des dirigeants majoritaires qui bloqueraient toute action sociale à leur encontre, empêchant toute réparation du préjudice social.

Cependant, s'est développé en parallèle, en jurisprudence cette fois-ci, un autre mécanisme de protection des minoritaires contre les abus des majoritaires : l'abus de majorité. Cet abus de majorité a été développé en droit français à partir du principe général d'abus de droit.

B. Le principe général d'abus de droit, source de l'abus de majorité

L'étude de l'abus de majorité, surtout d'un point de vue historique, ne peut se faire sans appréhender d'abord la notion d'abus telle qu'elle existe et s'est développée en droit français.

La notion d'abus de droit est loin d'être la notion la plus consensuelle en droit français. Selon Jean-Pierre Sortais :

*« ...l'abus appartient à la catégorie des notions juridiques subversives : il s'agit, toutes proportions gardées, d'un véritable explosif juridique qui ne doit être manipulé qu'avec d'infinies précautions »*⁵⁸.

Celle-ci a commencé à se développer réellement en France au début du 20^{ème} siècle⁵⁹. A l'origine de la cristallisation de ce qui devint un principe général du droit français, fut notamment la controverse entre Planiol et Josserand. Josserand était un ardent défenseur de la théorie de l'abus de droit. Planiol considérait que la notion d'abus de droit en elle-même était une absurdité. Pour lui, le droit se termine où l'abus commence. Selon lui, la théorie de l'abus de droit qui se développait à l'époque dans la doctrine était fautive *« pour la raison irréfutable qu'un même acte ne peut être tout à la fois conforme au droit et contraire au droit »*⁶⁰.

La notion d'abus de droit fut inventée pour cristalliser un courant, un mouvement jurisprudentiel qui se développait depuis un certain temps. Ernest Porcherot, qui écrit

⁵⁸ Jean-Pierre Sortais, « *Abus de droit (Majorité, minorité, égalité)* » Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, mars 2003 (actualisation : janvier 2017) paragraphe 2.

⁵⁹ Claude Didry, Pascal Ancel. « L'abus de droit, une notion sans histoire ? ». Ancel P., Aubert G., Chappuis C. L'abus de droit, comparaison franco-suisse, Publications de l'Université de Saint-Etienne, p.51.

⁶⁰ Philippe Rémy, « *Planiol : un civiliste à la Belle Epoque* » RTD civ.2002.31 paragraphe 26 citant Planiol.

une thèse à l'époque sur l'abus de droit, écrit en 1902 : « *la théorie de l'abus de droit est avant tout une création de la jurisprudence* »⁶¹.

Pendant un long moment, l'expression d'abus de droit ne fut pas utilisée bien que l'idée fut utilisée par le juge français. Par exemple, il est possible de remonter jusqu'à une décision de 1855, restée célèbre dans ce domaine. Ce fut l'arrêt de la Cour d'appel de Colmar, appelé « arrêt de la fausse cheminée »⁶². Dans cet arrêt, un propriétaire avait construit une fausse cheminée dans le seul but de cacher la vue du voisin. Le propriétaire fut condamné à détruire la fausse cheminée, et à verser des dommages-intérêts en réparation du préjudice de celui-ci. Bien que la notion d'abus de droit ne soit jamais utilisée, c'était un cas typique d'abus de droit, en l'espèce d'usage du droit de propriété aux seules fins de nuire à autrui. Plus tard en jurisprudence, l'expression d'abus de droit fut utilisée explicitement, pour des situations similaires.

Une des personnes à l'origine du mouvement doctrinal en faveur de l'abus de droit, fut Saleilles. Celui-ci écrit en 1895 un « *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand* » dans lequel il évoque ce qui devint l'article 226 du BGB, le Code civil allemand : « *L'exercice d'un droit n'est pas permis quand il n'a pour but que de causer du dommage à autrui* »⁶³. Fut même débattue la consécration dans le Code civil français de l'abus de droit dans le cadre de la réflexion sur la révision du Code civil français, dans un rapport de Saleilles présenté à la première sous-commission de révision du Code civil⁶⁴.

L'abus de droit ne fut cependant jamais codifié, ni à ce moment-là, ni par la suite en tant que principe général. L'abus de droit est donc utilisé essentiellement en référence à d'autres articles existants. C'est essentiellement l'ancien article 1382 (devenu article 1240 depuis la réforme de 2016) du Code civil, qui dispose que « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* »⁶⁵.

⁶¹ Claude Didry, Pascal Ancel. « *L'abus de droit, une notion sans histoire ?* ». Ancel P., Aubert G., Chappuis C. L'abus de droit, comparaison franco-suisse, Publications de l'Université de Saint-Etienne, p.52 citant Ernest Porcherot.

⁶² Cour d'appel de Colmar 2 mai 1855.

⁶³ Article 226 du BGB « *Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen* ».

⁶⁴ Claude Didry, Pascal Ancel. « *L'abus de droit, une notion sans histoire ?* ». Ancel P., Aubert G., Chappuis C. L'abus de droit, comparaison franco-suisse, Publications de l'Université de Saint-Etienne, p.52.

⁶⁵ Article 1382 ancien du Code civil (devenu article 1240).

Dans le cadre du droit des sociétés, et plus particulièrement de l'abus de majorité, peuvent parfois aussi être visés l'article 1833 du Code civil, ou alors l'article 1844-10 du Code civil relatif à la nullité de la société ou des actes ou délibération. En ce qui concerne l'abus de majorité dans le cadre des sociétés commerciales, peuvent être aussi visés les articles L 235-1 et suivants du Code de commerce relatifs aux nullités dans les sociétés commerciales. L'article visé dans une décisions relative à l'abus de majorité dépendra en réalité de la sanction désirée par le demandeur. L'article 1382 du Code civil par exemple ne sera utilisé que lorsque l'action a pour but d'obtenir des dommages-intérêts. L'article L 235-1 du Code de commerce ne sera visée par le juge que quand l'action a pour but la nullité de la décision dans le cadre d'une société commerciale.

Par ailleurs, l'abus de droit se cantonne-t-il aux seuls cas présentant une intention de nuire ? Si tel était le cas, jamais l'abus de majorité n'aurait pu se développer. En effet dans l'abus de majorité il n'y a pas réellement d'intention de nuire, dans le sens où la majorité ne cherche pas à utiliser ses droits dans le seul but de nuire aux minoritaires, à l'image du propriétaire utilisant sa fausse cheminée dans le seul but de nuire à son voisin. Les majoritaires recherchent avant tout à privilégier leur propre intérêt, et les préjudices que subissent la société et les actionnaires minoritaires ne sont que la conséquence d'un tel comportement, certainement pas le but.

Il existe de manière générale en jurisprudence, tel que rationalisé par la doctrine, deux catégories d'abus de droit⁶⁶.

La première est celle qui a été développée, à savoir le droit utilisé dans la seule intention de nuire, sans que cela n'est aucune utilité pour son titulaire. Cette catégorie est celle sur laquelle la notion d'abus de droit s'est développée historiquement, à son origine. C'est typiquement le célèbre arrêt Clément-Bayard⁶⁷ de 1915. Dans cet arrêt, qui était un des premiers à parler explicitement d'abus de droit, les faits concernaient un propriétaire ayant installé des tiges de fer pointues dans le seul but d'abîmer le ballon dirigeable de son voisin. Le fait que cette installation n'avait aucune utilité pour le propriétaire, montrait cette intention exclusive de nuire.

⁶⁶ Daniel Tricot, « *Abus de droits dans les sociétés* » RTD Com. 1994. 617.

⁶⁷ Clément Bayard c/ Coquerel, Req. 3 août 1915.

La deuxième catégorie est celle qui a permis de consacrer justement l'abus de majorité en droit français. Celle-ci concerne les cas où, indépendamment de toute intention de nuire, l'acte accompli en vertu du droit en cause présente un caractère anormal⁶⁸. La notion d'abus de droit, pourtant à l'origine bâtie autour de l'idée d'intention de nuire, ne nécessite donc plus forcément une telle condition pour être reconnue par le juge⁶⁹. Cette possibilité de reconnaître un abus de droit en dehors de toute intention de nuire élargie considérablement la reconnaissance d'abus de droit par le juge. Pascal Andrel et Claude Didry résumant cette évolution ainsi :

*« Le critère déterminant de l'abus de droit devient celui de la conformité de l'usage d'un droit à l'intention du législateur c'est-à-dire, en dernière instance, à une finalité économique et sociale »*⁷⁰.

C'est exactement l'idée ayant poussé à la création de l'abus de majorité. Lorsque les dirigeants majoritaires utilisent leur droit de vote pour agir en leur propre intérêt au détriment de la société et des actionnaires minoritaires, ils vont à l'encontre du fondement même de la société telle qu'elle a été voulue par le législateur. La société n'a pas été créée pour que puisse être permis un tel comportement, qui sape ses propres fondements (le fait pour les dirigeants d'agir dans l'intérêt social, l'idée des actionnaires unis par l'intention de faire du profit ensemble, et non les uns au détriment des autres).

Comme l'indique la citation ci-dessus, c'est bien en réalité juste dans une finalité économique et sociale que le juge va utiliser la notion d'abus de droit pour sanctionner un tel comportement. Économiquement, un tel comportement ne peut évidemment pas être toléré, puisque cela détruirait l'intérêt pour les minoritaires d'investir dans une société.

Dans la première catégorie de cas d'abus de droit, il apparaît évident que l'utilisation intentionnelle d'un droit dans l'unique but de nuire à autrui, ne peut de manière générale pas être reconnue par le juge. Cependant pour la deuxième catégorie de cas,

⁶⁸ Daniel Tricot, « Abus de droits dans les sociétés » RTD Com. 1994. 617.

⁶⁹ Claude Didry, Pascal Ancel. « *L'abus de droit, une notion sans histoire ?* ». Ancel P., Aubert G., Chappuis C. L'abus de droit, comparaison franco-suisse, Publications de l'Université de Saint-Etienne, p.63.

⁷⁰ Ibid.

où il n'y a pas d'intention de nuire, le juge doit rester prudent. Il y a un équilibre à trouver pour le juge entre deux impératifs.

Le premier, empêcher « *les excès que pourrait permettre une application mécanique de la règle de droit* »⁷¹. C'est l'application du principe romain *summum jus, summa injuria*, que l'on pourrait traduire par le droit poussé à l'extrême est une injustice.

L'autre impératif est d'éviter de tomber dans une application trop large de ce principe sanctionnant les abus de droit, et de ne « *jamais perdre de vue* »⁷² que « *l'abus doit rester un mécanisme correcteur d'application exceptionnelle* »⁷³.

Le juge français a donc par la suite appliqué la théorie de l'abus de droit aux comportements qualifiés d'abusifs des majoritaires, tout en posant des conditions garantissant que cet abus de majorité n'ait pas une application excessive.

C. Le développement de l'abus de majorité

Après le développement de la notion d'abus de droit au début du 20^{ème} siècle, celle-ci fut injectée dans le droit des sociétés par la jurisprudence. Cependant, la théorie de l'abus de droit n'est pas la seule source de l'abus de majorité. La notion d'abus en droit des sociétés, selon Martine Boizard :

« *...repose sur les concepts généraux d'abus de droit, de détournement de pouvoir, de bonne foi, de rupture intentionnelle d'égalité sans être véritablement réductible à l'une ou à l'autre de ces notions* »⁷⁴.

L'abus de majorité est en effet un détournement de pouvoir, car c'est le détournement du pouvoir de la majorité pour servir ses propres intérêts. C'est aussi un manquement à l'obligation de bonne foi entre actionnaires. Enfin, c'est aussi une rupture du principe d'égalité entre les actionnaires, qui veut qu'un actionnaire ne soit pas désavantagé par rapport aux autres. Ce concept se retrouve justement dans les conditions de l'abus de majorité.

⁷¹ Jean-Pierre Sortais, « *Abus de droit (Majorité, minorité, égalité)* » Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, mars 2003 (actualisation : janvier 2017), paragraphe 2.

⁷² Ibid.

⁷³ Ibid, citant Emmanuel Gaillard.

⁷⁴ Ibid, citant Martine Boizard.

Cependant, la théorie de l'abus de droit reste la source « *prédominante* »⁷⁵ du concept d'abus en droit des sociétés, et donc d'abus de majorité. C'est pourquoi la notion d'abus de majorité, conserve évidemment le terme abus, mais il est important de préciser que le principe général d'abus de droit ne se confond pas entièrement avec celui d'abus de droit en droit des sociétés.

En ce qui concerne le développement de l'abus de majorité dans la jurisprudence, un des premiers arrêts remonte à 1958, où la Cour de cassation évoqua « ... *les abus de droit commis par les membres de la majorité* »⁷⁶ à propos d'une décision prise en assemblée générale.

Cependant l'arrêt de principe en la matière est la décision de la Cour de cassation du 18 avril 1961⁷⁷, qui donne pour la première fois la définition de l'abus de majorité. Dans cet arrêt, la Cour de cassation casse l'arrêt de Cour d'appel qui avait appliqué la notion d'abus de majorité à une décision d'assemblée générale, aux motifs :

*« ...qu'il ne ressort pas de ces motifs que la résolution litigieuse ait 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 »*⁷⁸.

Les deux conditions de l'abus de majorité sont donc clairement énoncées : il faut à la fois que la décision d'assemblée générale ait été prise contrairement à l'intérêt général de la société (c'est à dire l'intérêt social), et dans l'unique dessin de favoriser les membres de la majorité au détriment des membres de la minorité (aussi appelé rupture de l'égalité entre les actionnaires).

L'abus d'un droit pose la question du droit dont il est fait un usage abusif. Dans le cas de l'abus de majorité, en droit des sociétés, c'est bien l'abus du droit de vote qui est sanctionné par le juge. L'action en abus de majorité est dirigée contre la décision ainsi prise par la majorité, et l'abus de majorité sanctionne l'usage abusif du droit de vote ayant permis de prendre cette décision contraire à l'intérêt social, décision prise dans l'intérêt exclusif des majoritaires au détriment des minoritaires.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Cass. Com. 6 février 1957.

⁷⁷ Cass. Com. 18 avril 1961.

⁷⁸ Ibid.

La jurisprudence répond aussi à la question de l'usage de la notion d'abus de droit, dans une situation où il n'y a pas d'intention de nuire. Comme expliqué précédemment, il n'y a qu'intention de privilégier ses intérêts au détriment de l'intérêt social, en rompant l'égalité entre actionnaires, mais le préjudice des minoritaires n'est que la conséquence et non le résultat voulu par la majorité abusive. Dans un arrêt de 1964, la Cour d'appel de Grenoble répond à cette question, et affirme que :

« ...les dirigeants ou l'assemblée générale d'une société ne peuvent se servir des pouvoirs qui leur sont conférés que dans l'intérêt social ; dès lors, il y a abus de droit ou détournement de pouvoir toutes les fois qu'un administrateur ou un actionnaire agit en vue de satisfaire des intérêts personnels au détriment des intérêts collectifs ou des intérêts individuels d'autres actionnaires et ce, même sans intention de nuire »⁷⁹.

La jurisprudence est donc claire, l'abus de majorité appartient bien à cette catégorie alors relativement nouvelle d'abus de droit, qui contrairement aux abus de droit « classiques » nécessitant une intention de nuire, n'en nécessite pas.

L'action en abus de majorité ne fut cependant jamais codifiée, contrairement à l'unfair prejudice petition qui est une action reposant entièrement sur la loi.

Pour conclure sur cette approche historique de l'étude comparée des mécanismes juridiques en droit français et en droit anglais, plusieurs remarques peuvent être faites. Sur l'histoire de ces mécanismes, puis sur leurs philosophies et objectifs.

D'un point de vue historique, la *derivative action* et l'action en abus de majorité partagent leur origine jurisprudentielle, bien que la première ait été récemment inscrite dans la loi. De l'autre côté, l'*unfair prejudice petition* et l'action sociale *ut singuli* partagent leur origine législative.

Cependant dans leurs philosophies et objectifs, ce ne sont pas ces actions qu'il faut rapprocher. La *derivative action* et l'action sociale *ut singuli* s'opposent clairement à l'*unfair prejudice petition* et l'action en abus de majorité. Certes, toutes ces actions ont pour but de permettre à l'actionnaire minoritaire de faire face à une majorité abusant de sa position majoritaire dans la société. Cependant, la *derivative action* et l'action

⁷⁹ Cour d'appel de Grenoble 6 mai 1964.

sociale *ut singuli* sont des actions exercées par l'actionnaire minoritaire au nom de la société, tandis que l'*unfair prejudice petition* et l'action en abus de majorité sont des actions exercées par l'actionnaire minoritaire en son nom propre. C'est bien là le critère permettant de rapprocher les unes et de les distinguer des autres.

Cela se justifie par leurs raisons d'exister. La *derivative action* tout comme l'action sociale *ut singuli* existent parce que, sans elles l'action sociale ne sera jamais exercée contre les dirigeants sociaux majoritaires (ou soutenus par la majorité), qui bloqueront toute action sociale à leur encontre. L'*unfair prejudice petition* et le principe français d'abus de majorité ont certes des différences historiques et sur la forme. L'origine législative de l'un, jurisprudentielle de l'autre. L'*unfair prejudice petition* a été construite avant tout comme une action, au-delà de tout principe, ce qui a posé comme cela a été évoqué des problèmes au juge anglais pour définir ce qui était *unfairly prejudicial*. De l'autre côté, l'abus de majorité a été construit tout d'abord comme un principe, conséquence d'un autre principe (l'abus de droit), donnant donc droit à une action. Cependant, ce qui les rapproche c'est bien le fait que ce sont des actions de l'actionnaire minoritaire poursuivant son propre intérêt.

Il y a cependant une nuance à faire, à savoir le fait que l'abus de majorité comprend un aspect de protection de la société. En effet, le fait que la décision doive être prise au détriment de l'intérêt social montre cet aspect de protection de la société dans son ensemble. Cette question sera évoquée par la suite. Malgré tout, l'action en abus de majorité se rapproche plus de l'*unfair prejudice petition*. Ce sont des actions bien plus « égoïstes » dans leurs approches, et donc intéressantes pour l'actionnaire victime d'une majorité abusive. Cela se manifeste par le simple fait que dans une action en abus de majorité, les dommages-intérêts sont versés à l'actionnaire minoritaire, et pas à la société comme ce serait le cas pour une action sociale *ut singuli* ou une *derivative action*.

Cependant, cette distinction ne permet que de relever quelles actions doivent être comparées entre les deux droits. En effet, bien qu'elles aient des similitudes dans leurs objectifs, des divergences significatives existent. Ces divergences reposent sur les conditions de ces actions, aux résultats pouvant être obtenus, en passant par le fonctionnement de celles-ci. Ainsi, bien que ces actions prises deux à deux ont le même objectif global, une analyse comparative plus précise de celles-ci permet de

mettre à jour des différences dans leurs objectifs, ou au moins dans leur capacité à remplir ceux-ci.

C'est pourquoi ces actions vont être comparées pour mettre à jour ces divergences, à commencer par l'*unfair prejudice petition* et l'action en abus de majorité.

Titre II : L'unfair prejudice petition et l'abus de majorité, des mécanismes similaires pour des objectifs différents

L'unfair prejudice petition et l'action en abus de majorité sont des mécanismes similaires, malgré des approches divergentes. Cependant bien que partageant globalement un objectif identique, à savoir la protection de l'actionnaire minoritaire en son nom propre face à une majorité abusive, ces actions poursuivent des objectifs précis différents. Cette différence repose sur les sanctions que l'une et l'autre propose, l'unfair prejudice petition étant plus dans un objectif de rupture de l'actionnaire minoritaire avec la société, alors que l'action en abus de majorité se cantonne à sanctionner l'abus.

L'*unfair prejudice petition* et l'action en abus de majorité convergent sur la question du demandeur à l'action. Malgré une divergence apparente sur la cible de celle-ci, cette différence est à fortement nuancer (Chapitre I).

Bien que les conditions de ces actions soient techniquement très différentes, elles convergent en réalité sur le fond, au point que ces actions opèrent similairement et viennent en pratique sanctionner les mêmes types de décisions (Chapitre II).

Enfin, il sera montré que la réelle divergence entre ces actions repose sur les sanctions qu'elles permettent, montrant que si ces actions poursuivent un même objectif global, les juges anglais et français choisissent des solutions très différentes. Elles ont donc en pratique des objectifs différents (Chapitre III).

Chapitre I : Le demandeur et la cible de l'action, une relative similarité

A première vue, il n'est pas forcément évident que l'*unfair prejudice petition* se rapproche de l'action en abus de majorité. Cette première vue, ce sont les bases de toute action : le demandeur à l'action et la cible de celle-ci (le ou les personnes visées, et le comportement reproché).

En ce qui concerne le demandeur à l'action sur le fondement de l'*unfair prejudice petition* ou de l'abus de majorité, ce n'est pas toujours l'actionnaire minoritaire qui sera demandeur à l'action. Il y a des divergences de ce point de vue, mais il sera montré que l'essentiel de ces actions repose sur la demande des actionnaires minoritaires en leur nom propre. Ceci montre bien que l'esprit de ces actions est avant tout de protéger l'intérêt des actionnaires minoritaires face à une majorité abusive (A).

Concernant la cible de l'action, la question est plus compliquée. Est-ce que ce sont les décisions de la société dans leur ensemble qui sont visées, comme la définition législative de l'*unfair prejudice petition* le laisse entendre ? Si c'est le cas, alors autant les actes des dirigeants que les décisions d'assemblée générale sont concernées. Ainsi, autant les dirigeants sociaux que les actionnaires majoritaires (qui ne sont pas toujours les mêmes) pourraient être visés par l'action. En ce qui concerne l'action en abus de majorité, il apparaît à première vue que cette action ne peut être dirigée qu'à l'encontre d'une décision d'assemblée générale. En effet, l'abus de majorité repose sur l'idée d'abus du droit de vote des majoritaires. Les actes des dirigeants sociaux ne semblent donc pas concernés. Il sera montré qu'en réalité ils peuvent parfois l'être, et que par conséquent l'*unfair prejudice petition* et l'action en abus de majorité, là encore, sont similaires (B).

A. L'actionnaire minoritaire, le demandeur à l'action classique

La question des personnes pouvant recourir à une *unfair prejudice petition* ainsi qu'à une action en abus de majorité n'est pas aussi évidente qu'en apparence. Ces personnes vont au-delà des simples actionnaires minoritaires.

Tout d'abord, se pose la question de la nécessité du demandeur à l'action d'être minoritaire au sein de la société. En droit français, la réponse à cette question va de soi : les majoritaires ne peuvent pas se poursuivre eux-mêmes pour leur propre abus

du droit de vote. Cependant, en droit anglais, la question n'est pas aussi évidente à répondre.

En effet, la rédaction des articles relatifs à l'*unfair prejudice petition* est ambiguë. Pour rappel, la section 994 du Companies Act de 2006 dispose que : « *L'actionnaire d'une société peut recourir à une [unfair prejudice] petition* »⁸⁰. Dans les textes, il n'est donc pas interdit à un actionnaire majoritaire de recourir à l'*unfair prejudice petition*, puisque le texte fait référence à l'actionnaire de manière générale. De plus, comme cela va être évoqué par la suite, le texte n'évoque pas la personne contre qui est dirigée l'action, seulement les conditions permettant de recourir à celle-ci. Bien sûr, malgré cette absence dans les textes il est évident que les majoritaires ne vont pas attaquer leur propre conduite des affaires de la société. Cependant peuvent-ils utiliser l'*unfair prejudice petition* à l'encontre d'un minoritaire ? En effet, s'est posée la question de savoir si un ou des actionnaires majoritaires pouvaient recourir à cette action à l'encontre d'un actionnaire minoritaire.

Cette question a été posée dans l'arrêt *Re Legal Costs Negotiators Ltd de 1999*⁸¹. La question ne s'apparentait pas exactement à ce qu'on pourrait appeler en droit français un abus de minorité, puisque le minoritaire n'avait aucune possibilité d'empêcher l'adoption de décisions d'assemblée générale. Il s'agissait simplement d'actionnaires majoritaires à 75%, ne s'entendant plus du tout avec un actionnaire minoritaire à 25%, et demandant par le biais de l'*unfair prejudice petition* à ce que celui-ci soit forcé de vendre ou transférer ses actions. Ceux-ci, depuis le début de la mésentente, l'avaient d'abord destitué de ses fonctions de dirigeant social, ainsi que viré de cette société qu'il codirigeait dont il était aussi le salarié. Cependant les majoritaires ne pouvaient plus supporter le comportement agressif de l'actionnaire minoritaire, et voulaient l'exclure de la société en le forçant à transférer ou vendre ses actions. Cette possibilité est en effet permise par l'*unfair prejudice petition*, comme ce sera développé par la suite.

Les juges de première instance, puis de Cour d'appel, ont refusé une telle action sur le fondement que la position majoritaire des actionnaires demandeurs à l'action leur permettait de faire face au préjudice engendré par le minoritaire. En le destituant de

⁸⁰ s. 994 Companies Act 2006 : « *A member of a company* ».

⁸¹ *Re Legal Costs Negotiators Ltd* [1999] 2 BCLC 171.

ses fonctions de direction et de salarié, il n'avait plus aucune influence sur les affaires de la société. Par conséquent, sa présence en tant qu'actionnaire minoritaire de la société, bien qu'étant préjudiciable aux actionnaires majoritaires (par la mésentente, le comportement agressif de celui-ci etc.), n'était pas *unfairly prejudicial* (injustement préjudiciable) envers eux.⁸² Par conséquent, il n'est pas permis à des actionnaires majoritaires de recourir à l'*unfair prejudice petition*.

Cependant il est possible de recourir à cette action en cas d'abus d'égalité⁸³. Par conséquent, il peut en être conclu que l'*unfair prejudice petition* ne vise pas à être utilisée par les actionnaires minoritaires seulement, mais de manière générale elle peut être utilisée par tout actionnaire ne contrôlant pas majoritairement la société. La différence est mince mais mérite d'être explicitée. Par conséquent, l'*unfair prejudice petition* peut aussi être considéré comme l'équivalent en droit anglais de l'abus d'égalité. L'*unfair prejudice petition* est donc, de ce point de vue, plus large que l'action en abus de majorité.

Bien que le demandeur classique de ces actions soit un actionnaire non majoritaire, il existe des exceptions dans chacun des systèmes.

Dans le cas du droit anglais, cela peut être le shareholder nominee, c'est-à-dire quelqu'un possédant les actions au nom du vrai actionnaire. Par exemple, cela peut être le cas d'un trustee, possédant les actions en *equity* mais pas en Common Law. Ceci est permis par la section 994 (2) du Companies Act de 2006⁸⁴.

Plus original, le *Secretary of State for Business, Energy and Industrial Strategy*, aussi appelé *Business Secretary* (ministre britannique du commerce, de l'énergie et de l'industrie) a le droit de recourir à une *unfair prejudice petition* contre la société au nom des actionnaires minoritaires, ou d'une partie d'entre eux. Il peut en faire ainsi suite à rapport, par exemple de la *Financial Services Authority*, l'équivalent anglais de l'Autorité des Marchés Financiers⁸⁵. Cependant cette possibilité n'a quasiment jamais été utilisée⁸⁶.

⁸² Gower and Davis, « *Principles of Modern Company Law* » 9th Edition, 20-2.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ s.994 (2) Companies Act 2006 : « *The provisions of this Part apply to a person who is not a member of a company but to whom shares in the company have been transferred or transmitted by operation of law as they apply to a member of a company* ».

⁸⁵ s.995 Companies Act 2006.

⁸⁶ Mayson, French & Ryan, « *Company Law* » 30th Edition, p.609.

En droit français, s'est posée l'épineuse question de la possibilité pour le gérant, en tant que garant de l'intérêt social, d'exercer cette action en abus de majorité au nom de la société. Cette question, bien que relevant du droit des sociétés procédural, est cependant importante⁸⁷ en ce qu'elle révèle de l'action en abus de majorité, mais aussi en pratique.

L'abus de majorité porte autant atteinte à la société qu'aux minoritaires, et consiste en une décision contraire à l'intérêt social. C'est pourquoi une telle possibilité n'est pas absurde. En pratique, il est évident que ceci n'est pas possible dans une situation classique. En effet le gérant est soit nommé par cette majorité, qui peut d'ailleurs le destituer s'il ne s'accorde plus avec eux, ou alors le gérant est lui-même majoritaire. Cela ne peut donc se concevoir que si les majoritaires poursuivis ont déjà cédé leurs parts sociales, et que le nouveau gérant veut réparer les torts passés⁸⁸.

Cette possibilité a été reconnue par la jurisprudence, dans un arrêt de la Cour de cassation du 21 janvier 1997⁸⁹. Dans cet arrêt Société Contact c/ sécurité Delattre-Levivier, il a été reconnu pour un gérant d'une société le droit d'attaquer pour abus de majorité la décision du précédent gérant de la société. En l'espèce, le précédent gérant avait conclu des conventions dites « d'assistance » et « de groupe » avec une société tierce, ces conventions étant clairement un abus des majoritaires et des dirigeants poursuivant exclusivement leur propre intérêt au détriment de l'intérêt social et des minoritaires.

La question n'était pas celle de l'existence de l'abus de majorité, qui était clairement établie, mais celle de la possibilité pour un gérant d'attaquer sur ce fondement les conventions conclues par le précédent gérant, soutenu par la précédente majorité. La Cour d'appel applique strictement les principes de l'action en abus de majorité et énonce que :

« ...la demande en nullité des conventions d'assistance et de trésorerie conclues en 1987, formée par la société Contact sécurité pour abus de majorité, est irrecevable,

⁸⁷ Jacques Mestre, « Le dirigeant social peut faire annuler pour abus de majorité une convention passée par la personne morale » RTD civ. 1997. 929.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Cass. Com. 21 janvier 1997.

faute par celle-ci d'être ou d'avoir été " un minoritaire ", et faute en conséquence de justifier de sa qualité ou d'un intérêt pour agir »⁹⁰.

En effet, selon la Cour d'appel il est absurde pour la société représentée par son gérant, d'attaquer la convention qu'elle a elle-même conclut représentée par son précédent gérant. De plus, la Cour d'appel en exigeant que l'action soit exercée par un minoritaire, montre bien sa conception de l'action en abus de majorité comme étant exclusivement un mécanisme juridique de protection des actionnaires minoritaires, et pas de la société.

Cependant la Cour de Cassation a reconnu cette possibilité notamment dans un arrêt de 1997⁹¹, dans lequel celle-ci estime que :

« Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le gérant de la société Contact sécurité avait vocation à agir au nom de la société, sur le fondement des pouvoirs légaux qui lui sont conférés, pour faire constater par la juridiction compétente la nullité des conventions litigieuses et l'atteinte portée à l'intérêt social par les agissements de son ancien gérant et de la SIFB, constitutifs d'abus de majorité, la cour d'appel a violé le texte susvisé »⁹².

La Cour de cassation reconnaît donc le droit à la société représentée par son gérant de remettre en cause la décision de son ancien gérant pour abus de majorité. Il y a donc un glissement de l'essence de l'action en abus de majorité ayant vocation à être exercée exclusivement par les minoritaires, à une action en abus de majorité permise aussi par la société elle-même représentée par son gérant. Evidemment, ce cas est marginal puisque, comme cela a été expliqué, il faut un changement de majorité et de gérance pour qu'une telle action soit concevable en pratique.

Cependant cela révèle quelque chose de l'action en abus de majorité par rapport à l'*unfair prejudice petition*. En effet, l'idée que la société puisse agir contre ses anciens dirigeants majoritaires montre que l'action en abus de majorité a plus vocation à réparer tout simplement l'abus de majorité, qu'à protéger les actionnaires minoritaires. Ce sont les actionnaires minoritaires qui ont vocation naturelle à exercer l'action en abus de majorité, puisque ce ne sont pas les dirigeants ou les majoritaires qui vont le

⁹⁰ Propos de la Cour d'appel de Versailles dans l'arrêt du 19 mai 1994 tel que rapporté dans l'arrêt de la Cour de cassation Cass. Com. 21 janvier 1997.

⁹¹ Jean-Claude Hallouin, « *Le gérant d'une SARL a qualité pour agir en nullité d'une convention constitutive d'un abus de majorité perpétré par son ancien gérant* », Recueil Dalloz 1998 p.181.

⁹² Cass. Com. 21 janvier 1997.

fait pour des raisons évidentes. Cependant ce n'est essentiellement que pour des raisons pratiques. L'abus de majorité porte atteinte autant à la société qu'aux actionnaires minoritaires. Cependant la société normalement contrôlée par les dirigeants majoritaires ou soutenus par la majorité ne peut exercer l'action, c'est donc aux actionnaires minoritaires de le faire.

Avec cette possibilité ouverte au nouveau gérant, il y a un retour à une action sociale. Cette possibilité ne se rapproche cependant pas d'une *derivative action* ou d'une action sociale *ut singuli*, puisqu'ici c'est le gérant, le représentant légal de la société et la personne ayant vocation naturellement à exercer l'action sociale, qui l'exerce. De plus, il s'agit ici d'une action en nullité, ce que ne permet pas une action sociale *ut singuli*. Cette possibilité marque cependant une nuance par rapport à l'*unfair prejudice petition*.

Cependant ceci concerne des cas très rares. D'autant que la doctrine estime que cet arrêt a une portée limitée, notamment parce que cet arrêt concernait avant tout les conventions réglementées. Certains désirent par ailleurs une portée limitée à cet arrêt, trouvant cette décision inquiétante par les abus qu'elle pourrait entraîner⁹³. En effet il ne faudrait pas qu'à chaque changement de majorité et de gérance, la nouvelle gérance remette en cause les actes passés par la précédente⁹⁴.

Encore plus rare en pratique, a été reconnue la possibilité pour le gérant d'exercer l'action en abus de majorité contre les actionnaires majoritaires actuels. Ce fut le cas dans un arrêt de Cour de cassation du 26 novembre 1996⁹⁵. Cette situation est extrêmement rare en pratique, puisque la position du gérant dépend du bon vouloir de la majorité. Par conséquent, on imagine mal en temps normal un gérant se retourner contre la majorité qui l'a mis en place et qui peut l'enlever à tout moment.

Ce sont des situations exceptionnelles en pratique. Cependant ces possibilités, c'est-à-dire le fait que le juge français reconnaisse cette possibilité pour le gérant d'exercer lui-même l'action en abus de majorité, révèlent cependant un glissement par rapport à

⁹³ Jean-Claude Hallouin, « *Le gérant d'une SARL a qualité pour agir en nullité d'une convention constitutive d'un abus de majorité perpétré par son ancien gérant* », Recueil Dalloz 1998 p.181.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Cass. com. 26 novembre 1996.

la conception traditionnelle de l'abus de majorité, et donc par rapport à l'*unfair prejudice petition*.

En effet l'*unfair prejudice petition* n'est nullement concernée par l'intérêt social, mais essentiellement par l'intérêt des actionnaires minoritaires. Cependant, cela reste encore le cœur de l'action en abus de majorité. Il n'y a donc pas de vraie divergence entre l'*unfair prejudice petition* et l'action en abus de majorité en ce qui concerne les personnes ayant vocation à exercer l'action, à savoir les actionnaires minoritaires que ces actions ont vocation à protéger.

La question est cependant moins évidente en ce qui concerne la cible de l'action.

B. La cible de l'action, la divergence en trompe-l'œil

La question de la cible de l'action, à savoir les personnes et leurs comportements visés par celle-ci, paraît au premier abord être un point de divergence entre l'action en abus de majorité et l'*unfair prejudice petition*.

En effet, la section 994 du Companies Act de 2006 relatif à l'*unfair prejudice petition* dispose que cette action n'est possible que si :

« ...*les affaires de la société sont ou ont été conduites d'une manière injustement préjudiciable aux intérêts des actionnaires généralement, ou d'une partie d'entre eux (incluant au moins le pétitionnaire), ou (b) qu'un actuel ou proposé acte ou omission de la société (incluant un acte ou une omission en son nom) est ou serait préjudiciable* »⁹⁶.

L'action apparaît donc au premier abord être dirigée contre la société. Le comportement que vise l'action, est soit le fait que d'une manière générale les affaires de la société sont conduites d'une manière injustement préjudiciable aux intérêts des actionnaires ou d'une partie d'entre eux, soit spécifiquement un acte ou une omission de la société ayant été accompli ou proposé, portant préjudice à l'actionnaire exerçant l'action. Ce sont donc plusieurs acte et/ou décisions qui sont visées, ou alors un seule acte ou une seule décision.

⁹⁶ s. 994 Companies Act 2006 : « *that the company's affairs are being or have been conducted in a manner that is unfairly prejudicial to the interests of members generally or of some part of its members (including at least himself), or (b) that an actual or proposed act or omission of the company (including an act or omission on its behalf) is or would be so prejudicial* ».

La rédaction de cette section est volontairement large. Elle a en réalité pour but de viser ceux contrôlant la société, et toute décision, acte ou omission faite au nom de celle-ci. Paul Davies résume ceci en écrivant :

« *En faisant référence à la conduite des affaires de la société, la section est clairement assez large pour concerner les activités des contrôleurs de la société, qu'ils conduisent les affaires de la société par l'intermédiaire de leurs pouvoirs de dirigeants sociaux, d'actionnaires, ou les deux* »⁹⁷.

Par conséquent, ce sont bien les contrôleurs de la société qui sont visés, en leur qualité de dirigeants, ou d'actionnaires. Pas la société. La rédaction de la section 994 n'est pas claire sur ce point en ne parlant que de la société, mais en pratique ce sont bien les dirigeants et/ou les actionnaires majoritaires dont il est allégué qu'ils ont eu une conduite injustement préjudiciable, qui seront les défendeurs.

L'appréciation par les juges de cette section est tellement large, qu'elle prend en compte les groupes de société. Par conséquent, bien que la conduite d'un actionnaire majoritaire de ses propres affaires ne tombe pas sous le coup de cette section, cela peut être le cas pour une société mère actionnaire majoritaire.

En effet, quand la société mère actionnaire majoritaire assume un contrôle important des affaires de la société filiale, et traite les affaires financières des deux sociétés comme une seule entreprise, les actes de la société mère la concernant exclusivement peuvent cependant être visées par une *unfair prejudice petition*⁹⁸. Cela a été reconnu par l'arrêt *Nicholas v Soundcraft Electronics Ltd*⁹⁹.

Cette possibilité a aussi été reconnue, à l'inverse, pour les actes de la société fille. Ainsi, il peut être possible pour un actionnaire minoritaire d'une société mère, de recourir à une *unfair prejudice petition* à l'encontre d'un acte de la société fille. Cette possibilité a été reconnue dans l'arrêt *Rackind v Gross*¹⁰⁰.

⁹⁷ Gower and Davis, « *Principles of Modern Company Law* » 9th Edition, 20-3 : « *By referring to the conduct of the company's affairs, the section is clearly wide enough to catch the activities of controllers of companies, whether they conduct the business of the company through the exercise of their powers as directors or as shareholders or both* ».

⁹⁸ Gower and Davis, « *Principles of Modern Company Law* » 9th Edition, 20-3.

⁹⁹ *Nicholas v Soundcraft Electronics Ltd* [1993] B.C.L.C. 360, CA.

¹⁰⁰ *Rackind v Gross* [2005] 1 W.L.R. 3505.

Par conséquent, l'*unfair prejudice petition* est exercée à l'encontre de toute personne, dirigeant comme actionnaire majoritaire, conduisant les affaires de la société d'une manière alléguée comme étant injustement préjudiciable à l'actionnaire minoritaire exerçant l'action.

Qu'en est-t-il du droit français et de l'action en abus de majorité ? En droit français à première vue il paraît évident que l'action en abus de majorité vise les majoritaires, et pas les dirigeants. Le comportement reproché aux majoritaires est celui de l'abus dans l'exercice de leur droit de vote, dans le cadre d'une décision d'assemblée générale. Sont donc visées à priori exclusivement que les décisions d'assemblée générale prises par les majoritaires.

Par conséquent, il apparaît à première vue que l'*unfair prejudice petition* et l'action en abus de majorité ne sont pas similaires sur ce point. L'*unfair prejudice petition* permet autant d'attaquer les actes des dirigeants que les décisions d'assemblée générale, voir plus encore dans le cas par exemple des groupes de sociétés. De l'autre côté, l'action en abus de majorité ne permettrait que d'attaquer les décisions d'assemblée générale, mais pas les actes des dirigeants. Cela paraît logique à première vue, puisque l'abus de majorité est l'abus du droit de vote des majoritaires. Les actes des dirigeants n'ont rien à voir avec l'idée d'abus du droit de vote majoritaire. Même si les dirigeants étaient eux-mêmes majoritaires, ils ne concluent pas des actes au nom de la société en leur qualité d'actionnaires majoritaires, seulement en qualité de dirigeant.

Cependant, la jurisprudence a reconnu la possibilité d'exercer l'action en abus de majorité à l'encontre des actes des dirigeants. Ceci a été reconnu notamment par l'arrêt de Cour de cassation ayant été cité précédemment, arrêt de 1997¹⁰¹. Cet arrêt se distinguait à la fois par sa reconnaissance de la possibilité pour le gérant d'exercer l'action en abus de majorité (bien que ce n'ait pas été le premier à l'affirmer), mais aussi en ce qu'il reconnaissait au gérant la possibilité d'exercer cette action à l'encontre d'un acte conclu par le précédent gérant.

Ainsi, la divergence entre l'*unfair prejudice petition* et l'action en abus de majorité s'en trouverait réduite. L'action en abus de majorité pourrait aussi être dirigée contre les actes des dirigeants de la société. Cependant cette possibilité qui est évidente dans le

¹⁰¹ Cass. Com. 21 janvier 1997.

cadre de l'unfair prejudice petition, n'est pas aussi ancrée en droit français dans le cadre de l'action en abus de majorité. Certains auteurs estiment que cette décision était tout simplement opportune¹⁰².

En effet, les commentaires de Jean-Claude Hallouin à propos de cette décision montrent à quel point elle sort de la norme, puisque celui-ci déclare :

« Jusqu'à présent, la doctrine, semble-t-il unanime, considérait que les décisions qui peuvent être constitutives d'un abus de majorité étaient celles qui émanaient de la collectivité des actionnaires. Il y avait une sorte d'évidence qui ne laissait place à aucune discussion. L'opposition majorité-minorité apparaît lorsque la collectivité des actionnaires doit prendre une décision »¹⁰³.

De plus, il soulève à raison le caractère opportun de cette reconnaissance. En effet les faits d'espèce concernaient avant tout les conventions règlementées. L'action en abus de majorité avait été utilisée, et peut-être reconnue opportunément par la Cour de cassation, parce que celle-ci permettait d'annuler l'acte. En effet dans le cas de conventions règlementées non approuvées par l'assemblée générale, il y a seulement possibilité d'engager la responsabilité de l'actionnaire ou du gérant bénéficiaire¹⁰⁴.

Par conséquent, la différence entre l'action en abus de majorité et l'*unfair prejudice petition* sur la question de la cible de l'action existe encore, mais de manière nuancée. L'évolution de la jurisprudence française semble donc rapprocher l'action en abus de majorité de l'*unfair prejudice petition* sur ce point.

Il apparaît donc que, sur les questions de la personne exerçant l'action, il y a une réelle similarité entre les deux actions, à nuancer cependant. De l'autre côté, en ce qui concerne la cible de l'action, l'*unfair prejudice petition* permet d'attaquer un champ plus large d'actes, à la fois les actes des dirigeants que les décisions d'assemblée générale, sans compter les actes des groupes de société. L'action en abus de majorité, elle, ne permet classiquement que d'attaquer les décisions d'assemblée générale. Cette unique possibilité de principe découle tout simplement de l'essence même de l'action en abus de majorité, qui consiste en l'abus du droit de vote.

¹⁰² Jean-Claude Hallouin, « Le gérant d'une SARL a qualité pour agir en nullité d'une convention constitutive d'un abus de majorité perpétré par son ancien gérant », Recueil Dalloz 1998 p.181.

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Ibid.

L'*unfair prejudice petition*, étant définie bien plus largement, n'est pas limitée par ce carcan et permet de faire face plus facilement à des comportements abusifs plus larges. Ceci est, comme cela vient d'être développé, sujet aussi à nuances puisqu'il y a des évolutions récentes dans le sens de la possibilité de remettre en cause les actes des dirigeants. Les évolutions jurisprudentielles rapprochent de plus en plus l'*unfair prejudice petition* de l'action en abus de majorité sur ce point, et l'idée de pouvoir exercer une action en abus de majorité à l'encontre d'une décision d'un dirigeant social est de plus en plus admise en droit français.

En effet, les dirigeants sont soit eux-mêmes majoritaires, soit nommés par les majoritaires (ou par la précédente majorité, mais leur maintien démontre un soutien de la majorité). Par conséquent, les décisions qu'ils prennent, bien qu'étant des décisions individuelles et non des décisions d'assemblée générale, sont le reflet de la volonté directe ou indirecte des majoritaire¹⁰⁵.

Pour conclure, l'*unfair prejudice petition* et l'action en abus de majorité ne diffèrent pas de manière significative sur la question des personnes pouvant exercer l'action. Cependant, sur les cibles de l'action l'*unfair prejudice petition* apparaît plus large, bien que ce soit à nuancer dans le cas des actes des dirigeants.

La question des conditions des différentes actions apparaît plus difficile à comparer. En effet les approches de celles-ci sont totalement différentes. Cependant en substance tout comme en pratique, celles-ci sont similaires.

¹⁰⁵ Fiches d'orientation Dalloz, « *Abus de majorité* » Septembre 2016.

Chapitre II : Des conditions différentes, permettant de sanctionner les mêmes cas d'espèce

L'*unfair prejudice petition* et l'action en abus de majorité ont des approches différentes du point de vue des conditions. En effet, la première nécessite que la ou les décisions reprochées soient *unfairly prejudicial* à l'actionnaire minoritaire exerçant l'action, tandis que la seconde nécessite que la décision soit abusive. Cependant lorsque sont observées et développées avec précision ces conditions, celles-ci apparaissent relativement similaires (A).

Cette similarité des conditions mène, sans surprise, à ce que les mêmes catégories de cas soient concernés par ces actions. Tous ne peuvent être développées. A donc été fait le choix de prendre un exemple de catégorie de cas, à savoir la rémunération excessive et abusive d'un dirigeant social. Cette catégorie de cas d'espèce permettra de constater que non seulement ces conditions opèrent de la même manière, mais aussi qu'elles permettent de sanctionner les mêmes comportements (B).

A. Des conditions aux approches différentes mais similaires en substance

L'*unfair prejudice petition* et l'abus de majorité, dans leurs constructions et leurs approches initiales diffèrent grandement. Il a déjà été démontré que l'*unfair prejudice petition* partait de la préoccupation de la protection des actionnaires minoritaires, tandis que l'abus de majorité découlait de la théorie de l'abus de droit. Par conséquent, l'abus de majorité se préoccupe initialement bien plus de la nécessité de sanctionner l'abus du droit de vote que de protéger les actionnaires minoritaires.

Cependant il a été aussi démontré que, bien évidemment, ces deux objectifs se croisent. L'*unfair prejudice petition*, bien qu'ayant pour but premier de protéger l'actionnaire minoritaire, abouti justement à sanctionner la majorité abusive. De même, l'action en abus de majorité dans les mains de l'actionnaire minoritaire, permet de protéger celui-ci. Par conséquent ces deux actions couvrent le même champ, bien qu'ayant des points de départ différents.

Il faut cependant se demander quel est le champ exact de chacune de ces actions. Est-ce qu'une même décision sera jugée *unfairly prejudicial* envers l'actionnaire minoritaire en droit anglais, et constitutive d'un abus de majorité en droit français ?

Le meilleur moyen de comparer est de faire une étude des catégories de cas où l'action aboutit en droit français et en droit anglais. Il est difficile de comparer des conditions d'actions qui, bien que poursuivant le même objectif global, procèdent de logiques différentes. Cependant des similitudes peuvent être remarquées.

Tout d'abord, il est indéniable que pour l'*unfair prejudice petition* et l'abus de majorité, toute utilisation de la société dans le but exclusif de nuire aux actionnaires minoritaires sera suffisante. Ceci a été admis en droit anglais, notamment dans l'arrêt O'Neill v Philipps déjà cité, où le juge Hoffman LJ déclare :

« *Il serait regardé comme injuste pour les majoritaires d'exercer un pouvoir leur étant conféré par les statuts pour porter préjudice à un autre actionnaire* »¹⁰⁶.

En droit français, il est aussi évident qu'une décision prise par les majoritaires, contraire à l'intérêt social et dans le seul but de nuire à un actionnaire minoritaire sera constitutive d'un abus de majorité. Cependant une telle intention de nuire n'est pas nécessaire¹⁰⁷. C'est aussi le cas de l'*unfair prejudice petition*, qui ne nécessite pas non plus d'intention de nuire¹⁰⁸. Cela va même encore plus loin, il n'y a même pas besoin que la ou les personnes ayant prises les actes ou décisions concernées, aient conscience de l'injustice faite à l'actionnaire minoritaire. En effet, dans l'arrêt *Re R. A. Noble & Sons (Clothing) Ltd*¹⁰⁹ le juge Slade J. énonce que :

« *Le test de l'unfairness doit, je pense, non pas être un test subjectif, mais un test objectif. En d'autres termes il n'est pas nécessaire pour le pétitionnaire de montrer que les personnes ayant eu un contrôle de facto de la société, ont agi comme ils l'ont fait avec la connaissance que c'était injuste envers le pétitionnaire, ou qu'ils agissaient de mauvaise foi. Le test, je pense, est celui d'un observateur raisonnable observant les conséquences du comportement* »¹¹⁰.

¹⁰⁶ Hoffman LJ dans *O'Neill v Phillips* [1999] 1 W.L.R 1092 : « *it would be regarded as unfair for a majority to exercise a power conferred upon them by the articles to the prejudice of another member* ».

¹⁰⁷ Cour d'appel de Grenoble 6 mai 1964.

¹⁰⁸ *Re Sam Weller & Sons Ltd* (1989) 5 B.C.C. 810.

¹⁰⁹ *Re R. A. Noble & Sons (Clothing) Ltd*. [1983] B.C. L. C. 273

¹¹⁰ Ibid propos de Slade J. : « *The test of unfairness must, I think, be an objective, not a subjective one. In other words it is not necessary for the petitioner to show that the persons who have had de facto control of the company have acted as they did in the conscious knowledge that this was unfair to the petitioner or that they were acting in bad faith; the test, I think, is whether a reasonable bystander observing the consequences of their conduct, would regard it as having unfairly prejudiced the petitioner's interests* ».

Ainsi, tout comme en droit français, le test est objectif. L'intention de nuire, ou même la conscience de porter préjudice aux minoritaires importe peu. Le droit français et le droit anglais partagent donc l'idée que la décision d'assemblée générale prise dans le but exclusif de nuire à un ou des actionnaires minoritaires donne droit aux actions respectives. Cependant ce type de cas est marginal, comme cela avait été expliqué précédemment à propos de l'histoire de l'abus de majorité. Il est surtout pertinent de relever que les deux actions partagent le fait de ne pas nécessiter d'intention de nuire.

En ce qui concerne d'une manière générale les conditions de ces actions, d'autres similarités peuvent être relevées.

Premièrement, l'idée d'*unfairly prejudicial*, ainsi que l'abus de majorité comportent chacune la condition d'un préjudice envers les actionnaires minoritaires. Dans l'*unfair prejudice petition*, évidemment il y a le préjudice, qui est subi par l'actionnaire minoritaire ayant recours à l'action. Dans l'abus de majorité, une des conditions est que la décision soit prise au détriment des actionnaires minoritaires.

De plus, il y a aussi dans les conditions de ces actions l'idée qu'un préjudice envers l'actionnaire minoritaire causé par la décision d'assemblée générale n'est pas suffisant. Cela est normal : dans toute société fonctionnant normalement, des décisions d'assemblée générale peuvent porter préjudice aux minoritaires. Ce n'est pas pour autant que le juge doit avoir un tel droit d'ingérence dans les affaires de la société, qu'il ait le droit de sanctionner toute décision portant préjudice aux minoritaires. Ce serait ingérable en pratique, et injustifié en théorie.

Il y a donc aussi l'idée de cette anormalité qui est, comme cela a été dit précédemment, consubstantielle à l'idée d'abus de droit. Cette idée se retrouve aussi dans le concept d'*unfair*. La décision causant un préjudice abusif à l'égard de l'actionnaire minoritaire, cause aussi un préjudice *unfair* envers celui-ci. Le concept d'*unfair* tout comme celui d'abusif ont en commun l'idée d'anormalité. C'est là que se trouve le cœur de ces actions, et donc la similarité des conditions : le simple besoin pragmatique pour le juge de sanctionner des décisions anormales, injustes, prises en assemblée générale au détriment des actionnaires minoritaires.

Certes, des concepts de l'abus de majorité échappent techniquement aux conditions de l'*unfair prejudice petition* : l'idée de décision prise dans l'intérêt exclusif des

majoritaires, ainsi que l'idée de contrariété à l'intérêt social. Cependant, la décision anormale que va sanctionner le juge anglais est dans la large majorité des cas prise dans l'intérêt exclusif des majoritaires, et contraire à l'intérêt social.

En effet, en ce qui concerne le fait que la décision doit être prise dans l'intérêt exclusif des majoritaires pour être qualifiée d'abus de majorité, cela va aussi de soi dans le cas de l'*unfair prejudice petition*. Il est difficile d'imaginer une décision n'étant pas prise dans l'intérêt exclusif des majoritaires (donc aussi dans l'intérêt des minoritaires), mais étant *unfairly prejudicial* envers les minoritaires.

Pour la condition de contrariété à l'intérêt social de l'abus de majorité, celle-ci va aussi de soi dans le cadre de l'*unfair prejudice petition*. En effet, il apparaît aussi difficile d'imaginer une décision non contraire à l'intérêt de la société mais étant *unfairly prejudicial* aux actionnaires minoritaires. Si la décision est dans l'intérêt de la société, alors les majoritaires contrôlant celle-ci ne font que ce qu'ils sont censés faire, poursuivre l'intérêt de celle-ci.

Il apparaît donc que les conditions de ces actions, bien qu'ayant des approches différentes, sont similaires en substance. Le meilleur moyen de montrer que l'*unfair prejudice petition* et l'action en abus de majorité couvrent les mêmes types de décisions abusives, est tout simplement de comparer les catégories de cas où ces actions aboutissent.

B. Une application des conditions similaires

Bien sûr, l'*unfair prejudice petition* étant plus large que l'action en abus de majorité, les cas d'espèce auxquels ces actions s'appliquent ne sont pas tous identiques. Il y a des cas d'espèce où l'*unfair prejudice petition* sera retenue et pas l'action en abus de majorité. Cela sera le cas surtout là où l'action en abus de majorité s'applique de manière peu fréquente, à l'encontre d'une décision d'un dirigeant. De plus, le fait que l'*unfair prejudice petition* peut être retenue en lien avec des textes qui n'existent pas en droit français, notamment le manquement aux devoirs des dirigeants (sections 171 et suivantes du Companies Act de 2006) montre le champ plus large de celle-ci.

Cependant, dans l'autre sens, la similarité apparaît. Si tous les cas où l'*unfair prejudice petition* s'applique, l'action en abus de majorité ne s'appliquera pas toujours, l'essentiel des cas où l'action en abus de majorité s'appliquera, l'*unfair prejudice petition*

s'appliquera elle aussi. Ceci est flagrant lorsque sont considérés les cas où ces actions aboutissent. C'est-à-dire les décisions considérées comme *unfairly prejudicial*, et constitutives d'abus de majorité.

Toutes les catégories de cas d'espèce où l'*unfair prejudice petition* et l'action en abus de majorité aboutissent ne peuvent être développés ici. Cependant, il est intéressant de prendre une catégorie de cas d'espèce, pour observer que ces actions opèrent de manière similaire, et aboutissent dans des cas tout autant similaires.

Sera donc pris comme exemple ici une catégorie classique de majorité abusant de son contrôle de la société, celui de la rémunération excessive et abusive des dirigeants sociaux. Les majoritaires vont s'octroyer en tant que dirigeants une rémunération excessive, au détriment de la société et des minoritaires, qui voient les bénéfices de la société être accaparés abusivement par les majoritaires.

Le juge français tout comme le juge anglais en sont venus à sanctionner un tel comportement sur le fondement de l'*unfair prejudice petition* et de l'abus de majorité. Cette possibilité a été reconnue en droit français, bien que l'action en abus de majorité ne soit pas la seule action à disposition. Il y a en effet de nombreuses autres, sur le fondement de l'abus de biens sociaux, ou de la faute de gestion notamment¹¹¹.

En ce qui concerne l'utilisation de l'action en abus de majorité en droit français en cas de rémunération excessive et abusive, peut être cité par exemple un arrêt de Cour d'appel de Paris¹¹². Dans cet arrêt a été estimé par les juges que l'augmentation rétroactive exagérée du président, dans son seul intérêt et sans égard à l'intérêt de la société était constitutive d'un abus de majorité. Cette possibilité d'utiliser l'action en abus de majorité contre une rémunération excessive et abusive a aussi été reconnue dans un arrêt de Cour de cassation¹¹³.

Cette sanction de la rémunération excessive et abusive est souvent liée à la question de la mise en réserve systématique des bénéfices, qui est le cas le plus fréquent de reconnaissance de l'abus de majorité, voire « l'archétype »¹¹⁴. Ainsi, dans un arrêt du

¹¹¹ Frédéric Garron, « La rémunération excessive des dirigeants des sociétés commerciales » Rev. sociétés 2004. 795.

¹¹² CA Paris, 30 mars 1977, Rev. sociétés 1977.470, note J.H.

¹¹³ Cass. com. 9 novembre 1966, Bull. civ. III, n° 425 ; JCP 1967, II, 15250, note R.-D. M.

¹¹⁴ Edmond Schlumberger, « L'abus de majorité lié à l'absence de distribution de bénéfices », Rev. sociétés 2016. 526.

1^{er} juillet 2003, Société Mécano soudure c/ Antoine Balice¹¹⁵, la Cour de cassation a estimé que la mise en réserve des bénéfiques pendant sept ans alors que les majoritaires votaient des résolutions octroyant au gérant des primes importantes, tout en ayant approuvé des rémunérations versées à ce dernier, était constitutive d'un abus de majorité¹¹⁶.

Cependant, bien que la possibilité soit ouverte en théorie et appliquée en pratique comme cela vient d'être montré, les juges peuvent être assez rétifs à reconnaître un abus de majorité en cas de rémunération excessive et abusive. C'est bien souvent le cas d'une manière générale dans le cadre de l'abus de majorité. En effet les juges ne veulent pas trop étendre le champ de l'action en abus de majorité, et acceptent l'abus de majorité avec mesure, peu importe le type de cas d'espèce. Peut notamment être cité l'arrêt de Cour de cassation du 4 octobre 2011¹¹⁷ où la Cour casse un arrêt de Cour d'appel ayant reconnu l'abus de majorité dans le cas d'une rémunération excessive d'un dirigeant social.

Le juge français est donc réticent à reconnaître l'abus de majorité en cas de rémunération excessive du dirigeant social, même si la possibilité de reconnaître l'abus de majorité dans un tel cas reste ouverte par principe. La position du juge français peut se résumer avec les commentaires de Paul Le Cannu et Bruno Dondero à propos d'une décision de Cour de cassation¹¹⁸, estimant une fois encore que le fait d'accorder au président une rémunération supérieure aux bénéfiques n'était pas constitutive d'un abus de majorité. Ceux-ci commentent ce refus de la Cour de cassation, et rappellent que ce sont seulement les cas d'espèce qui ont entraîné une non reconnaissance de l'abus de majorité :

*« D'une part, ce n'est pas une raison de principe qui explique le rejet de l'abus de majorité comme vice d'une décision relative à une rémunération de dirigeant. D'autre part, il est possible que les circonstances permettent d'établir que l'abus a été consommé par ce type de décision »*¹¹⁹.

¹¹⁵ Cass. com. 1^{er} juillet 2003.

¹¹⁶ Ibid, commenté par Benoît Lecourt, « *Annulation d'une décision sociale de mise en réserve des bénéfiques pour abus de majorité* », Rev. sociétés 2004. 337.

¹¹⁷ Cass. com. 4 octobre 2011.

¹¹⁸ Cass. com. 17 mars 2009.

¹¹⁹ Paul Le Cannu et Bruno Dondero, « *La décision d'accorder au président une rémunération supérieure aux bénéfiques n'était pas constitutive d'un abus de majorité* », RTD com. 2009. 383

Qu'en est-il de l'*unfair prejudice petition* ? En droit anglais, le principe est que le juge n'a normalement pas le droit d'intervenir sur une décision d'assemblée générale relative à la rémunération des dirigeants¹²⁰. Cependant il est possible de reconnaître la possibilité par exception, d'exercer une *unfair prejudice petition* à l'encontre d'une décision de rémunération excessive des dirigeants sociaux. Cette possibilité sera difficile comme en droit français, car le juge anglais est rétif à l'idée d'intervenir dans les affaires internes de la société. Paul Paterson écrit à propos de ceci :

« *Compte tenu de la tendance des tribunaux à respecter la prérogative du management (N.B. le principe selon lequel le juge n'a normalement pas le droit d'interférer dans les affaires internes de la société), il est difficile pour un demandeur d'établir l'unfair prejudice en alléguant qu'une rémunération excessive a été payée à l'actionnaire majoritaire, ou ceux contrôlant la société* »¹²¹.

Pour qu'une *unfair prejudice petition* puisse être exercée contre la rémunération excessive d'un dirigeant social, le demandeur devra :

« *...établir un ingrédient additionnel qui a été expliqué par Lord Hoffman dans son discours dans O'Neill v Phillips [1992] 2 BCLC 1... Ordinairement cela requiert que le pétitionnaire doit établir une violation des termes sur lesquels il a été accordé que les affaires de la société seraient conduites* »¹²².

C'est tout simplement l'application du principe du juge Hoffman (par ailleurs directement cité dans cet arrêt), selon lequel pour que l'*unfair prejudice* soit établi, il doit y avoir une violation de la *legitimate expectation* (aussi appelée *equitable consideration*) de l'actionnaire minoritaire. Ainsi, toute rémunération accordée en violation des termes sur lesquels les actionnaires se sont accordés relatifs à la manière dont doivent être conduites les affaires de la société, pourra potentiellement donner droit à une *unfair prejudice petition*.

Ces termes, cela peut être tout d'abord la loi (le Companies Act de 2006 notamment), ou tout simplement les statuts. Ainsi, le juge anglais a reconnu le fondement d'une

¹²⁰ Victor Joffe et al, « *Minority Shareholders : Law, Practice and Procedure* » Fourth Edition, p.294.

¹²¹ Paul Paterson, « *A criticism of the contractual approach to unfair prejudice* » *Company Lawyer* 2006, p.207 : « *Given the tendency of the courts to respect management prerogative, it is difficult for a plaintiff to establish unfair prejudice by alleging that excessive remuneration had been paid to the majority shareholder, or those in control of the company* ».

¹²² *Lloyd v Casey* [2002] 1 BCLC 454, [60].

unfair prejudice petition à l'encontre de la rémunération n'ayant pas été accordée selon la procédure prévue par les statuts. Ce fut le cas dans l'arrêt *Fisher v Cadman*¹²³. Cependant c'est une catégorie de cas non similaire à ceux de l'abus de majorité. Dans le cas de l'abus de majorité, la rémunération peut tout à fait être accordée légalement et en accord avec les statuts, mais être abusive et donc constitutive d'un abus de majorité.

Cependant la jurisprudence anglaise a développé des catégories de cas plus identiques à ceux de l'abus de majorité en droit français. Ainsi l'*unfair prejudice petition* a été acceptée pour des situations où la rémunération a été augmentée légalement et en accord avec les statuts. L'accord des actionnaires violé par les actionnaires majoritaires, peut être tout simplement l'idée que les actionnaires doivent avoir droit in fine à des dividendes. C'est un des fondements du droit des sociétés anglais comme français, à savoir la répartition des bénéfices. Il ne s'agit pas d'un accord au sens d'accord formalisé (les statuts), mais plus généralement de toute attente légitime d'un actionnaire, une *legitimate expectation*.

Par exemple, tout comme en droit français, l'*unfair prejudice petition* peut être exercée à l'encontre d'une rémunération excessive, dès lors qu'elle s'accompagne d'une violation de l'attente légitime de tout actionnaire à recevoir des dividendes (pas systématiquement évidemment, mais raisonnablement). Tout comme en droit français, l'action sur le seul fondement d'une rémunération excessive peut difficilement aboutir, et l'*unfair prejudice petition* se fonde bien souvent en même temps sur la mise en réserve systématique des bénéfices¹²⁴.

Il apparaît donc que les conditions de l'*unfair prejudice petition*, ainsi que de l'abus de majorité sont aussi similaires dans la manière dont elles opèrent, et dans les cas où elles aboutissent. De plus, la même réserve se retrouve chez le juge anglais et le juge français. Cette réserve est celle de ne pas étendre de manière excessive le champ de ces actions, pour éviter une trop grande ingérence dans les affaires de la société.

Cependant lorsque sont comparées les sanctions de ces actions, la différence entre celles-ci est significative.

¹²³ *Fisher v Cadman* [2006] 1 B.C.L.C. 499, [98].

¹²⁴ *Ibid.*

Chapitre III : Des sanctions divergeant de manière significative

Il est indéniable que l'*unfair prejudice petition* et l'action en abus de majorité divergent fortement sur les sanctions qu'elles permettent, autant en théorie qu'en pratique. En théorie, l'*unfair prejudice petition* permet toute sanction jugée nécessaire par le juge, tandis que l'action en abus de majorité ne se limite qu'à la nullité de la décision, les dommages-intérêts, ou la dissolution de la société (A).

En pratique, l'*unfair prejudice petition* aboutit essentiellement au rachat des actions par les autres actionnaires ou la société. Ceci diverge fortement des solutions classiques de l'action en abus de majorité, que sont la nullité de la décision et les dommages-intérêts (B).

Enfin il est cependant impossible en pratique, sur le fondement de l'*unfair prejudice petition*, d'obtenir la dissolution de la société. Cette possibilité existe pourtant exceptionnellement sur le fondement de l'abus de majorité. En droit anglais, une procédure différente devra être utilisée pour atteindre ce résultat, le *winding up on just and equitable grounds* (la dissolution sur le fondement de la justice et de l'équité) de la société (C).

A. Un choix de sanctions plus large dans le cadre d'une *unfair prejudice petition*

La question des sanctions pouvant être obtenues à l'issue de ces actions peut être répondue de manière générale très simplement. La section 996 du Companies Act de 2006, relative aux pouvoirs du juge anglais lorsqu'une *unfair prejudice petition* est fondée, dispose que :

« (1) *Si la Cour est satisfaite que la petition [...] est bien fondée, elle peut prononcer toute sanction qu'elle estime nécessaire à réparer le préjudice reproché* »¹²⁵.

Par conséquent, la loi donne tout pouvoir au juge anglais pour réparer le préjudice tel qu'il l'estime nécessaire. Ainsi, tout ce que l'action en abus de majorité permet d'obtenir, il est évident que le juge anglais pourra aussi l'accorder. Il apparaît donc que dans cet objectif de protéger les actionnaires minoritaires, l'*unfair prejudice petition* soit bien plus souple que l'action en abus de majorité. Cependant en pratique seules

¹²⁵ s. 994 Companies Act 2006 : « *If the court is satisfied that a petition [...] is well founded, it may make such order as it thinks fit for giving relief in respect of the matters complained of* ».

certaines solutions sont retenues par le juge anglais. Cette section 996 du Companies Act de 2006 donne d'ailleurs une liste d'exemples de sanctions :

« (2) *Sans porter préjudice à la généralité de la sous-section (1), la Cour peut :*

(a) Réguler la conduite des affaires de la société dans le futur

(b) requérir que la société

(i) S'abstienne de faire ou de continuer l'acte reproché, ou

(ii) Accomplisse l'acte que le demandeur reprochait qui n'a pas été accompli

(c) autoriser une procédure civile au nom de la société par le ou les personnes que la Cour aura désigné

(d) requérir que la société ne fasse aucune altération de ses statuts, de manière générale ou spécifiée

(e) ordonne le rachat des actions de n'importe quel actionnaire de la société, par les autres actionnaires ou par la société elle-même et, dans le cas d'un rachat de celles-ci par la société, la réduction correspondante du capital social de la société »¹²⁶.

Il est intéressant de noter que selon cette section l'*unfair prejudice petition* peut aboutir à une action au nom de la société, si le juge estime que ce serait plus approprié.

¹²⁶ s. 996 du Companies Act de 2006 : « *Without prejudice to the generality of subsection (1), the court's order may—*

(a) regulate the conduct of the company's affairs in the future;

(b) require the company—

(i) to refrain from doing or continuing an act complained of, or

(ii) to do an act that the petitioner has complained it has omitted to do;

(c) authorise civil proceedings to be brought in the name and on behalf of the company by such person or persons and on such terms as the court may direct;

(d) require the company not to make any, or any specified, alterations in its articles without the leave of the court;

(e) provide for the purchase of the shares of any members of the company by other members or by the company itself and, in the case of a purchase by the company itself, the reduction of the company's capital accordingly ».

Cependant cette action sera évidemment une *derivative action*, et l'action devra par conséquent obéir aux conditions de celle-ci¹²⁷.

En réalité, un seul type de sanction est utilisé par le juge, et d'ailleurs demandé par les actionnaires minoritaires recourant à l'*unfair prejudice petition*. Celle-ci est celle prévue par la section 996 (2) (e), qui vient d'être citée, à savoir le rachat des actions des actionnaires minoritaires.

Dans le cadre de l'action en abus de majorité, les sanctions classiques sont la nullité de la décision, et l'attribution de dommages-intérêts¹²⁸. Le champ théorique des sanctions de l'*unfair prejudice petition* est bien plus large, mais en pratique la sanction est totalement différente. De plus, la possibilité plus rare dans le cas d'actions en abus de majorité, d'obtenir la dissolution de la société, n'est pas possible en pratique sur le fondement de l'*unfair prejudice petition*, comme ce sera expliqué par la suite.

Il convient donc de comparer les sanctions classiques de l'*unfair prejudice petition* et de l'action en abus de majorité.

B. Des sanctions classiques divergentes

La sanction classique de l'*unfair prejudice petition* est le rachat forcé des *shares* (actions ou parts sociales) par les autres actionnaires ou la société. Celle de l'abus de majorité est la nullité de la décision et/ou l'attribution de dommages-intérêts.

Tout d'abord, en ce qui concerne l'action en abus de majorité, la nullité et les dommages-intérêts apparaissent comme les sanctions évidentes, puisque correspondant à l'essence même de cette action.

En ce qui concerne la nullité de la décision, Michel Germain estime qu'elle est consubstantielle à l'abus de majorité. En effet, il estime que l'action en abus de majorité est une action en nullité spécifique¹²⁹. L'abus de majorité serait selon lui « *une cause de nullité spécifique visant à protéger les minoritaires* »¹³⁰. Par conséquent à ses yeux,

¹²⁷ *Charnley Davies Ltd (No.2), Re* [1990] B.C.L.C. 760.

¹²⁸ Jean-Pierre Sortais, « *Abus de droit (Majorité, minorité, égalité)* » Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, mars 2003 (actualisation : janvier 2017), paragraphe 22.

¹²⁹ Michel Germain, « *Les droits des minoritaires (droit français des sociétés)* » Revue internationale de droit comparé Vol. 54 N°2, Avril-juin 2002, p. 401.

¹³⁰ *Ibid.*

l'action en abus de majorité est par essence une action en nullité d'une décision de société.

L'attribution de dommages-intérêts est aussi consubstantielle à l'abus de majorité, ce qui justifie la possibilité de cette sanction. La décision abusive se prend en effet en rupture de l'égalité entre actionnaire, donc au détriment des actionnaires minoritaires. Ils subissent donc un préjudice, et il apparaît donc naturel d'en demander la réparation¹³¹.

En ce qui concerne l'*unfair prejudice petition*, il est largement admis que la sanction :

« ...qui est indubitablement la plus communément utilisée, est l'ordre donné que les shares (N.B. parts sociales ou actions en droit français) du pétitionnaire soient achetées par les contrôleurs (N.B. les majoritaires) ou la société »¹³².

Tout autre type de sanction n'arrive qu'occasionnellement¹³³. Il semble donc que l'*unfair prejudice petition* et l'action en abus de majorité, malgré toutes les similarités ayant été constatées précédemment, diffèrent considérablement sur les sanctions qu'elles permettent d'obtenir. L'*unfair prejudice petition*, beaucoup plus concernée par les intérêts de l'actionnaire minoritaire, estime qu'il est préférable en cas de mésentente entre les majoritaires et les minoritaires que les minoritaires aient le droit à une sortie de la société à bon prix, par le biais d'un *buy-out order* (achat forcé des parts sociales ou actions, pour permettre aux minoritaires de quitter la société).

Gower et Davies expliquent la raison de ce choix quasi systématique du juge anglais :

« La raison pour la popularité de cette solution (N.B. : le *buy-out order*), auprès des pétitionnaires et des tribunaux, a déjà été longuement expliquée. [...] Quand les affaires, et, souvent, les relations personnelles [...] ont été détruites et sont incapable d'être reconstruites par un tribunal, la seule solution efficace est celle d'une sortie de la société. L'ordre d'acheter les shares donne au pétitionnaire une opportunité de quitter la société au juste prix de son investissement, un résultat qui est usuellement

¹³¹ Jean-Pierre Sortais, « Abus de droit (Majorité, minorité, égalité) » Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, mars 2003 (actualisation : janvier 2017), paragraphe 28.

¹³² Gower and Davis, « *Principles of Modern Company Law* » 9th Edition, 20-35 : « which undoubtedly the most commonly used is an order that the petitioner's shares be purchased by the controllers or the company ».

¹³³ David Millman, « *Unfair prejudice : the litigation goes on, and on...* » Company Law Newsletter 2004.

impossible en l'absence d'un ordre du tribunal, puisque souvent aucun acheteur potentiel des shares n'est disponible »¹³⁴.

L'action en abus de majorité est elle bien plus préoccupée par la seule nécessité de sanctionner l'abus, plus que de protéger l'actionnaire minoritaire. Evidemment, faire le premier revient à faire le second. Cependant, la protection fournie par l'*unfair prejudice petition* reste plus large que celle fournie par l'action en abus de majorité.

Malgré tout, l'action en abus de majorité a un avantage sur l'*unfair prejudice petition* : elle peut permettre de mener à la dissolution de la société dans les cas extrêmes.

C. La possibilité exclusive de l'abus de majorité de mener à la dissolution

Le fait que l'action en abus de majorité soit la seule à permettre la dissolution de la société, et donc pas l'*unfair prejudice petition*, paraît au premier abord étonnant. L'*unfair prejudice petition* ne permet-elle pas à la Cour de « *prononcer toute sanction qu'elle estime nécessaire à réparer le préjudice reproché* »¹³⁵ ? Cependant, tout comme l'*unfair prejudice petition* ne permet pas l'engagement de l'action sociale sans passer autrement par une *derivative action*, elle ne peut non plus mener à la dissolution de la société car il existe aussi une autre action, le *winding up on just and equitable grounds* (la dissolution sur le fondement de la justice et de l'équité)¹³⁶.

Cette dissolution est prévue par une toute autre loi, l'Insolvency Act de 1986. Sa section 122 (1) (g) dispose qu'il est possible de dissoudre la société si « *la Cour est dans l'opinion qu'il est juste et équitable que la société soit dissoute* »¹³⁷. L'arrêt de principe est la décision *Ebrahimi v Westbourne Galleries Ltd*¹³⁸ de 1973 (N.B. cet arrêt date d'avant l'Insolvency Act de 1986, mais la procédure de *winding up on just and equitable grounds* existait déjà à la section 222 (f) du Companies Act de 1948). La

¹³⁴ Gower and Davis, « *Principles of Modern Company Law* » 9th Edition, 20-35 : « *The reason for the popularity of this remedy, with both petitioners and courts, is readily explained. Unfair prejudice jurisprudence is most firmly established in relation to quasi-partnership companies. When business and, often, personal relations between quasi-partners have broken down and are incapable of reconstitution by a court, the only effective remedy is the minority's exit. A share purchase order gives the petitioner an opportunity to exit from the company with the fair value of his or her investment, a result which is usually impossible in the absence of a court order, since often no potential purchasers of the shares are available* ».

¹³⁵ s. 996 Companies Act 2006 : « *make such order as it thinks fit for giving relief in respect of the matters complained of* ».

¹³⁶ Gower and Davis, « *Principles of Modern Company Law* » 9th Edition, 20-35.

¹³⁷ s. 122 (1) (g) : « *the court is of the opinion that it is just and equitable that the company should be wound up* ».

¹³⁸ *Ebrahimi v Westbourne Galleries Ltd* [1973] AC 360.

condition de cette action est donc, comme l'*unfair prejudice petition*, très générale. Il suffit que les juges anglais estiment qu'une telle solution soit juste et équitable.

Cette procédure n'est utilisée, tout comme la dissolution pour abus de majorité en droit français, que dans les cas extrêmes où c'est la seule solution possible¹³⁹. Ce sont les cas où la société ne peut plus fonctionner normalement, voire plus du tout. C'est par exemple quand la confiance mutuelle entre tous les actionnaires n'existe plus, comme cela a été reconnu dans l'arrêt *RA Noble & Sons (Clothing) Ltd, Re*¹⁴⁰.

En droit français, la possibilité de dissolution de la société sur le fondement de l'abus de majorité existe de manière exceptionnelle¹⁴¹. Elle a cependant été reconnue dans plusieurs arrêts. Dans un arrêt de 1982¹⁴², la Cour de cassation a cassé un arrêt de Cour d'appel ayant refusé une demande de dissolution sur le fondement de l'abus de majorité. La Cour d'appel avait établi que, s'il y avait certes une mésentente entre les associés de la SARL, la société n'était pas paralysée dans son fonctionnement, et les résultats de l'activité sociale restaient les mêmes que précédemment.

La Cour de cassation a cassé la décision de Cour d'appel, aux motifs que l'activité sociale avait été réduite à des relations commerciales entre cette société et une autre, l'associé majoritaire étant lié aux deux. La Cour de cassation estime donc que puisque la situation est contraire à l'intérêt social et au détriment de l'associé minoritaire, il y a lieu de dissoudre la société sur le fondement de l'article 1871 du Code civil relatif à la dissolution pour mésentente entre associés (devenu depuis l'article 1844-7-5° du Code civil). Il faut dire que les faits d'espèce étaient spécifiques : c'était une SARL à seulement deux associés. Il n'y avait pas donc lieu de seulement annuler une décision abusive, toute l'activité de la société était abusive envers l'associé minoritaire. Par conséquent ce n'était plus qu'une personne agissant pour son propre compte au détriment d'une autre. La société n'avait donc plus vraiment lieu d'exister sur le principe, et d'un point de vue pragmatique la dissolution était nécessaire à la protection sur le long terme de l'associé minoritaire.

¹³⁹ Gower and Davis, « *Principles of Modern Company Law* » 9th Edition, 20-35.

¹⁴⁰ *RA Noble & Sons (Clothing) Ltd, Re* [1983] BCLC 273.

¹⁴¹ Jean-Pierre Sortais, « *Abus de droit (Majorité, minorité, égalité)* » Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, mars 2003 (actualisation : janvier 2017), paragraphe 26.

¹⁴² Cass. com. 18 mai 1982.

Par conséquent, si certes il y a une différence entre l'*unfair prejudice petition* et l'action en abus de majorité sur ce point, il n'y a pas réellement de différence entre le droit anglais et le droit français en général. En effet, le droit anglais prévoit aussi une action en dissolution de la société quand la situation est abusive et/ou intenable sur le long terme. D'ailleurs, bien souvent un actionnaire minoritaire va présenter devant le juge anglais à la fois une *unfair prejudice petition*, et une action fondée sur le *winding up on just and equitable grounds* de la société¹⁴³.

Pour conclure sur la comparaison de l'*unfair prejudice petition* et de l'action en abus de majorité, il apparaît clairement que ces actions poursuivent le même objectif général. Cet objectif est celui de la protection de l'actionnaire minoritaire face à des actionnaires majoritaires abusant de leur contrôle de la société, en lui fournissant une action lui permettant de protéger essentiellement ses propres intérêts (par opposition à la *derivative action* ou l'action *ut singuli*). Cependant ces actions en pratique ne poursuivent pas la même solution pour accomplir cet objectif. Le juge anglais préférera faire sortir l'actionnaire minoritaire de la société, à bon prix. Le juge français préférera juste sanctionner l'abus par l'annulation de la décision et/ou l'attribution de dommages-intérêts, la dissolution de la société étant exceptionnelle.

Par conséquent, il faut nuancer légèrement la similarité des objectifs de ces actions. Il semble que l'action en abus de majorité soit plus concernée par l'objectif de sanctionner l'abus et de protéger l'intérêt de la société, que celui de protéger l'actionnaire minoritaire. Evidemment faire le premier revient à faire l'autre, mais seulement en partie. En ne fournissant pas de porte de sortie à l'actionnaire minoritaire comme l'*unfair prejudice petition* le permet, l'action en abus de majorité apparaît moins se préoccuper de l'actionnaire minoritaire que l'*unfair prejudice petition*. Celle-ci préfère simplement faire sortir le minoritaire de la société, sans même vraiment se soucier de la protection de la société elle-même. Il faut dire cependant que le droit anglais prévoit une action visant à la protection de la société, la *derivative action*. Celle-ci a un équivalent français, l'action *ut singuli*.

¹⁴³ Say Hak Goo, « *The Companies Act 1985 s.459 and the Insolvency Act 1986 s.122(1)(g)* » *Company Lawyer* 1994, p.184.

Titre III : La derivative action et l'action ut singuli, un même objectif pour une efficacité différente

Ces actions ont en commun d'être des actions des actionnaires au nom de la société. Elles obéissent, comme cela a été vu précédemment, à la nécessité de la société de pouvoir voir son préjudice réparé en cas de majorité abusive, puisque les majoritaires bloqueront toute poursuite à l'encontre des dirigeants. Cependant, si ces actions poursuivent le même objectif, la *derivative action* apparaît bien plus intéressante pour l'actionnaire minoritaire que l'action *ut singuli* car plus efficace à remplir son objectif.

La *derivative action* et l'action *ut singuli* ont des conditions principalement procédurales. Les conditions de la *derivative action* lui confèrent un champ bien plus large que l'action *ut singuli* (Chapitre I).

Cependant, elles convergent sur la question de ce qu'elles permettent d'obtenir à l'encontre des dirigeants. En effet chacune de ces actions n'est qu'une action en responsabilité (Chapitre II).

Enfin, sera évoquée la question de l'attribution des coûts de la procédure. En effet, ces actions étant en partie altruistes par nature, car faites au nom de la société et donc dans l'intérêt de tous les actionnaires, un actionnaire minoritaire ne voudrait pas avoir à payer seul les frais de procédure de l'action sociale. Là encore, la *derivative action* apparaît bien plus intéressante, bien que ce soit à nuancer dans le cas des sociétés commerciales en droit français (Chapitre III).

Chapitre I : Les conditions procédurales plus strictes de la *derivative action*

La *derivative action* et l'action sociale *ut singuli* (aussi appelée de manière plus courte, action *ut singuli*) ont en commun d'avoir des conditions quasiment purement procédurales. En effet, contrairement à l'*unfair prejudice petition* ou l'action en abus de majorité qui sont des actions et/ou principes indépendants, la *derivative action* et l'action *ut singuli* ne le sont pas vraiment. Ces actions sont tout simplement l'action sociale. La *derivative action* et l'action *ut singuli* sont des actions permettent l'exercice d'une autre action, l'action sociale. Ce sont cependant des actions d'exception, en ce qu'elles dérogent au principe de l'action sociale exercée par la société en son nom propre, par l'intermédiaire de ses représentants légaux. Par conséquent, les conditions sont purement procédurales, et visent principalement à justifier l'exercice de l'action, par exception, par un actionnaire minoritaire. Ne peuvent donc être comparées que les conditions de recevabilité de ces actions.

La particularité de la procédure de la *derivative action* est qu'elle mélange à la fois forme et fond. Il y a tout d'abord évidemment la question des parties à l'action. Sur la question de la personne visée par l'action, la possibilité de poursuivre les *shadow directors* permet de poursuivre même les majoritaires. Une autre particularité est le fait que la procédure nécessite pour le juge anglais de commencer à statuer sur le fond avant même de décider si l'action peut être accueillie. Cela se justifie par le fait que *derivative action* est censée être exceptionnelle (A).

L'action *ut singuli* a peu de conditions procédurales. Il n'y a essentiellement comme condition procédurale que la nécessité de mise en cause de la société. Par ailleurs, cette action a un champ plus restreint (B).

A. Les conditions procédurales de la *derivative action*, mélange de forme et de fond

Il faut distinguer les conditions relatives aux parties à l'action, c'est-à-dire le ou les demandeurs à l'action ainsi que le ou les défendeurs cibles de celle-ci, des autres conditions de recevabilité devant être remplies par la suite.

En ce qui concerne les parties à l'action, il n'y a rien de surprenant du côté du demandeur à l'action. Ce demandeur, la personne pouvant exercer l'action, est tout

simplement n'importe quel actionnaire majoritaire ou non, peu importe l'importance de ses actions dans la société. C'est la Part 11 du Companies Act de 2006 relative à la *derivative action* qui l'explique entre les lignes. La section 261 parle effectivement du « *member of a company* »¹⁴⁴ (l'actionnaire d'une société) en ce qui concerne le demandeur à l'action. Ceci comprend les *shareholders nominee* (essentiellement les mandataires et les trustees, comme cela a été évoqué précédemment)¹⁴⁵.

En pratique tout comme l'action *ut singuli*, ce ne seront évidemment que les actionnaires minoritaires qui l'utiliseront. Il est difficile d'imaginer l'intérêt pour un ou des actionnaires minoritaires de passer par une *derivative action*. Puisqu'ils contrôlent celle-ci, ils ont juste à changer les dirigeants pour que ceux-ci exercent l'action sociale à leur encontre, ou exercer cette action eux-mêmes par décision d'assemblée générale.

L'autre question relative aux parties, est celle des défendeurs. La section 260 (3) du Companies Act de 2006 dispose que :

« *Une derivative action dans ce Chapitre peut être autorisée seulement dans les cas où la cause de l'action naît d'un actuel ou proposé acte ou omission [...] par un dirigeant de la société* »¹⁴⁶.

Ainsi, la *derivative action* ne peut cibler que les dirigeants de la société, les *directors*. Cependant, il est intéressant de noter que la conception du *director* dans le cas de la *derivative action* va au-delà du *director* stricto sensu. La section 260 (5) dispose en effet que :

« *Dans le cadre de ce Chapitre :*

a « director » inclue un ancien director ;

b un shadow director est traité comme un director »¹⁴⁷.

¹⁴⁴ s. 261 (1) Companies Act 2006.

¹⁴⁵ s. 260 (5) Companies Act 2006.

¹⁴⁶ s. 260 (3) Companies Act 2006 : « *A derivative claim under this Chapter may be brought only in respect of a cause of action arising from an actual or proposed act or omission involving negligence, default, breach of duty or breach of trust by a director of the company* ».

¹⁴⁷ s. 260 (5) Companies Act 2006 : « *For the purposes of this Chapter—*

(a) "director" includes a former director;

(b) a shadow director is treated as a director ».

Par conséquent, il est possible de recourir à une *derivative action* à l'encontre d'un ancien dirigeant social. De plus, et c'est un concept particulier, l'action peut être dirigée contre un *shadow director*. Le *shadow director* est défini comme étant « *une personne donnant des directions ou instructions aux directeurs de la société, en accord avec lesquelles ceux-ci agissent* »¹⁴⁸.

Ainsi, la définition des *shadow directors* est très large. Ce sont des personnes qui, bien que n'étant pas techniquement des dirigeants de la société, exercent une influence par le biais de directions ou instructions aux dirigeants de celle-ci. Ils dirigent donc la société, mais dans l'ombre. La loi enlève de ce champ notamment les professionnels du conseil, en estimant qu'un professionnel donnant des conseils aux dirigeants en cette capacité ne sont pas concernés¹⁴⁹. Ce sont les auditeurs, les avocats essentiellement qui ne sont donc pas visés par la loi.

Cependant, les *shadow directors* classiques sont le plus souvent évidemment les actionnaires majoritaires¹⁵⁰. Il est évident que les dirigeants tenant leurs fonctions de la bonne volonté des actionnaires majoritaires, seront soumis à leurs instructions. Par conséquent, la *derivative action* permet d'exercer l'action sociale à l'encontre des majoritaires en leur qualité de *shadow directors*. Une telle possibilité paraît logique : s'il y a recours à l'action sociale par les actionnaires minoritaires, c'est que les majoritaires ont bloqué toute possibilité d'engager celle-ci, et soutient les dirigeants. Par conséquent, les dirigeants et les majoritaires ne forment souvent qu'un bloc dans cet abus, bloc ayant à sa tête les majoritaires. C'est pourquoi la loi décide que le terme *director* comprend l'idée de *shadow director*.

Au-delà de ces conditions préalables relatives au demandeur et aux personnes pouvant être visées par l'action, une des particularités de la *derivative action* est d'avoir ce que la doctrine décrit comme étant un *two-stage test* (test à deux étapes) exercé par le juge¹⁵¹.

Ainsi avant même de devoir statuer sur le fond, le juge anglais doit exercer ce *two-stage test* pour autoriser l'exercice de l'action sociale par l'actionnaire minoritaire.

¹⁴⁸ s. 251 (1) Companies Act 2006 : « *a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act* ».

¹⁴⁹ s. 251 (2) Companies Act 2006

¹⁵⁰ Eviropides Hadjinestoros, « *Fear of the dark : banks as shadow directors* » Company Lawyer 2013, p.169.

¹⁵¹ A. M. Gray, « *The statutory derivative claim : an outmoded superfluosity ?* » Company Lawyer 2012, p.295.

Cependant cet examen de la recevabilité de l'action consiste en partie à statuer sur le fond, pour prouver au juge que l'action sociale nécessite d'être exercée.

La section 261 décrit cette procédure. Il faut d'abord rapporter un *prima facie case* (des faits de prime abord), c'est-à-dire des premières preuves justifiant la mise en œuvre de la responsabilité des *directors*¹⁵². La deuxième étape consiste aux juges, à leur pleine discrétion et en application de plusieurs facteurs à prendre en compte fixés par la loi, à décider ensuite si une *derivative action* est pertinente et doit être considérée recevable. Ces facteurs sont listés à la section 263 (3) du Companies Act de 2006.

Ces facteurs sont : la question de la bonne foi du demandeur ; l'importance qu'une personne agissant dans le but de promouvoir les intérêts de la société attacherait à une telle action (en référence à la section 172 relative aux devoirs du *director*, le *duty to promote the success of the company* qui a été évoqué précédemment) ; si la société aurait de toute façon autorisé ou ratifié l'acte (*N.B. ce facteur n'est pertinent que si la majorité l'aurait fait pour des raisons abusives, notamment si cette autorisation ou ratification serait dans l'intérêt de la société*) ; si la société a déjà pris la décision de ne pas poursuivre le *director* (cela a de l'importance si les majoritaires non mis en cause, pour des raisons valables n'ont pas voulu poursuivre le *director*) ; et enfin le fait qu'il soit plus approprié pour l'actionnaire minoritaire, lorsque l'acte mis en cause lui cause aussi un préjudice personnel, de poursuivre les dirigeants en son nom propre (typiquement l'alternative de l'*unfair prejudice petition*¹⁵³).

Ce n'est qu'une fois ces conditions remplies, que l'action sociale en responsabilité à l'encontre des *directors* est initiée. Toutes ces conditions de recevabilité (mais aussi en partie de fond pour le *prima facie case*) existent pour tout d'abord rappeler que c'est une procédure exceptionnelle, qui ne peut être permise que dans les cas marginaux où il y a une majorité abusive. C'est aussi de manière plus pragmatique, pour empêcher la société d'être obligée de poursuivre un dirigeant alors que ce n'est pas dans son intérêt.

C'est en effet aussi pour éviter les abus, les procédures de mauvaise foi (d'où le fait que ça soit un des facteurs à prendre en compte par le juge). La société aurait alors à

¹⁵² Julia Tang, « *Shareholder remedies : demise of the derivative claim ?* » UCL Journal of Law and Jurisprudence, p.181.

¹⁵³ David Milman, « *Protection of minority shareholders in the post-Companies Act 2006 era* » Company Law Newsletter, p.2.

se perdre en procédures, pour expliquer pourquoi celle-ci n'est pas dans son intérêt¹⁵⁴. Il est facile pour un actionnaire minoritaire d'en abuser car comme ce sera développé par la suite, les frais de procédure dans le cas d'une *derivative action* sont supportés par la société elle-même peu importe que l'action réussisse ou non. Par conséquent, il ne faudrait pas obliger la société à s'engager des procédures judiciaires coûteuses, à cause d'un actionnaire minoritaire abusant de cette possibilité soit de mauvaise foi, soit juste par envie d'obtenir des dommages-intérêts au nom de la société qui pourront potentiellement lui être reversés par dividendes, sans engager lui-même les frais de procédure.

Il existe aussi dans le cadre de l'action *ut singuli* des conditions de procédures, principalement une : la mise en cause de la société. De plus, l'action *ut singuli* a un champ d'application plus restreint.

B. Le champ encore plus restreint de l'action *ut singuli*

Il est difficile d'analyser l'action *ut singuli*, en ce qu'elle est négligée autant par la pratique que par la doctrine. Alexis Constantin explique notamment en citant les propos d'Yves Guyon que la doctrine n'a :

« ...jamais expliqué de manière pleinement satisfaisante cette faculté de substitution ainsi reconnue aux actionnaires »¹⁵⁵.

Cependant, il est permis de constater que l'action *ut singuli* obéit elle à des règles de procédure bien plus aisées à remplir que la *derivative action*.

Alors que la *derivative action* obéit à des règles de recevabilité strictes et complexes, l'action *ut singuli* n'en dispose quasiment pas. Ce ne sont pas tellement les règles de recevabilité existantes qui attirent l'attention, mais toutes celles qui n'existent pas.

En ce qui concerne le demandeur à l'action, celle-ci peut être exercée par un actionnaire, peu importe la part du capital qu'il possède tout comme la *derivative action*. En effet, l'article 1843-5 du Code civil qui a généralisé l'action *ut singuli* à toutes les sociétés parle bien de l'exercice de cette action par « un ou plusieurs actionnaires »¹⁵⁶. Les SARL (article L 223-22, al 3 du Code de commerce) et les

¹⁵⁴ Gower and Davis, « *Principles of Modern Company Law* » 9th Edition, 17-21.

¹⁵⁵ Alexis Constantin, « *Nature et régime de l'action sociale ut singuli. Articulation avec l'action sociale ut universi* » Rev. sociétés 2001. 323.

¹⁵⁶ Article 1843-5 du Code civil.

sociétés par actions (article L 225-252 du Code de commerce) ne dérogent pas à la règle. Cependant, celles-ci permettent aux actionnaires de se grouper avec une possibilité d'être représentés (cette possibilité sera évoquée par la suite).

Pour la question du défendeur, l'action *ut singuli* ne peut être exercée qu'à l'encontre des dirigeants. Cependant celle-ci ait été admise récemment, de manière opportune estime la doctrine¹⁵⁷, à l'encontre d'un liquidateur amiable dans un arrêt de Cour d'appel de Paris de 2014¹⁵⁸. Cet arrêt a cependant été cassé par la Cour de cassation en 2016¹⁵⁹.

La seule condition légale de recevabilité de l'action, est celle de la mise en cause de la société. Evidemment, ce n'est pas la société qui est « mise en cause » au sens général du terme, la mise en cause signifiant ici essentiellement l'information de la société qu'une procédure est exercée en son nom, pour lui « *rendre commun le jugement* »¹⁶⁰ (synonyme de lui rendre le jugement opposable) en vertu de l'article 331 du Code de procédure civile, alinéa 2. Celle-ci est prévue pour les SARL et sociétés par actions, respectivement aux articles R 223-32 du Code de commerce, et R 225-170 du Code de commerce. L'article R 223-32 du Code de commerce par exemple dispose en effet que :

*« Lorsque l'action sociale est intentée par un ou plusieurs actionnaires, agissant soit individuellement, soit dans les conditions prévues à l'article R. 223-31, le tribunal ne peut statuer que si la société a été régulièrement mise en cause par l'intermédiaire de ses représentants légaux »*¹⁶¹.

Il n'existe pas d'équivalent pour les sociétés civiles, mais il ne serait pas étonnant que les juges estiment que la mise en cause soit aussi nécessaire. L'action *ut singuli* étant une action de l'actionnaire minoritaire non pas en son nom propre, mais au nom de la société, il est justifié que la société soit mise en cause¹⁶². La société est en effet partie au litige et liée par le jugement¹⁶³.

¹⁵⁷ Arnaud Lecourt, « *Recevabilité opportune de l'action sociale ut singuli contre le liquidateur amiable* », Rev. sociétés 2015.237.

¹⁵⁸ Cour d'appel de Paris 11 septembre 2014.

¹⁵⁹ Cass. com. 21 juin 2016.

¹⁶⁰ Article 331 du Code de procédure civile alinéa 2.

¹⁶¹ Article R 223-32 du Code de commerce.

¹⁶² Christine Boillot, « *Action ut singuli et mise en cause de la société* » Rev. sociétés 2014. 301.

¹⁶³ Ibid.

Cette condition est cependant appliquée strictement, comme l'illustre un arrêt de Cour de cassation du 14 mai 2013¹⁶⁴. Dans cet arrêt, les actionnaires minoritaires n'avaient pas mis en cause la société au nom de qui ils avaient obtenu des dommages-intérêts en première instance. Suite à l'appel, ceux-ci ont corrigé leur erreur et l'ont fait par le biais de l'intervention forcée. Cependant la Cour de cassation a quand même déclaré la demande irrecevable, sanctionnant le non respect de la règle de mise en cause de la société dès la première instance.

Cependant cette condition de recevabilité est tellement évidente dans le cadre d'une action au nom d'autrui, que celle-ci existe évidemment en droit anglais dans le cadre de la *derivative action*¹⁶⁵. Cette nécessité de la *notice to the company* (information de la société de l'exercice de la *derivative action* par l'actionnaire minoritaire) est considérée nécessaire, mais pas seulement pour la simple raison que la société doit être au courant des procédures exercées en son nom. Tony J. Boyle estime en effet que la *notice to the company* est aussi :

« ...une nécessité évidente pour permettre au conseil d'administration de la société soit d'exercer l'action lui-même, soit de préparer une réponse à l'action de l'actionnaire demandeur plaintiff »¹⁶⁶.

Les dispositions légales relatives à l'action *ut singuli* évoquent aussi de la possibilité de désigner un mandataire *ad hoc* en cas de conflit d'intérêt entre la société et ses représentants légaux, lors de la mise en cause de la société. En effet, celui-ci dispose que :

« Le tribunal peut désigner un mandataire *ad hoc* pour représenter la société dans l'instance, lorsqu'il existe un conflit d'intérêt entre celle-ci et ses représentants légaux »¹⁶⁷.

Il est assez curieux que l'article ne parle que d'une possibilité du tribunal de désignation d'un mandataire *ad hoc*. Cette désignation est en réalité systématique, et même une nécessité. Lucie Mongin-Archambeaud notamment a relevé ce décalage entre l'écriture du texte et la nécessité pratique systématique, et écrit que :

¹⁶⁴ Cass. com. 14 mai 2013.

¹⁶⁵ Tony J. Boyle, « *The new derivative action* » *Company Lawyer* 1997, p.256.

¹⁶⁶ Ibid : « *an obvious necessity to allow the board of directors either to take its own remedial action or to prepare a proper response to the plaintiff shareholders' application* ».

¹⁶⁷ Article R 223-32 du Code de commerce.

« La seule condition posée par ce texte est l'existence d'un conflit d'intérêts entre la société et son représentant légal. Or, il ne fait nul doute que lorsque l'action *ut singuli* est formée contre le dirigeant, représentant légal de la société, cette condition est automatiquement remplie. En effet, si le dirigeant n'a aucun intérêt à voir une action indemnitaire engagée à son encontre, au contraire, la société a intérêt à obtenir réparation du préjudice qu'elle a subi du fait de la faute de gestion de son dirigeant »¹⁶⁸.

Effectivement, l'action *ut singuli* existe justement pour régler les situations où il y a un conflit d'intérêt entre la société et ses représentants légaux. Par conséquent, la désignation d'un mandataire *ad hoc* ne peut être que systématique en application des textes. Le droit anglais ne requiert cependant pas de mandataire *ad hoc* dans le cadre d'une *derivative action*. La désignation d'un mandataire *ad hoc* apparaît à première vue nécessaire en droit français car, une fois la société mise en cause, cela entraînerait normalement que ce soit au dirigeant de représenter la société pendant l'instance. Cependant la désignation d'un mandataire *ad hoc* n'est pas si essentielle que ça, puisque les actionnaires disposent d'un droit propre pour présenter des demandes de réparation au profit de la société¹⁶⁹.

Se pose donc nécessairement la question de cette possibilité en droit anglais. Dans le cadre de la *derivative action*, cette possibilité n'existe tout simplement pas. Elle n'existe pas car elle n'est absolument pas nécessaire. En effet, cela est dû à une particularité technique de la *derivative action* qui la différencie de l'action *ut singuli* : la société n'est pas le demandeur dans le cadre de l'instance, mais le défendeur aux côtés des dirigeants¹⁷⁰. Cela peut au premier abord apparaître absurde, puisque la *derivative action* se fait au nom de la société. Cependant la société n'est ici qu'un *nominal defendant* (défenseur nominal), c'est-à-dire un défenseur qui n'est là que parce que sa présence est requise dans l'intérêt de la procédure, pas parce que sa responsabilité est engagée. En effet ce sont bien seulement les dirigeants qui sont les vrais défendeurs à l'action¹⁷¹.

¹⁶⁸ Lucie Mongin-Archambeaud, « Action *ut singuli* formée contre le dirigeant, représentant légal de la société : le rôle fondamental du mandataire *ad hoc* » Bulletin Joly Sociétés – 01/07/2014 – n° 07-08 – page 478.

¹⁶⁹ Monique Bandrac, « Chapitre 102 Vérification de la qualité à agir » Dalloz action Droit et pratique de la procédure civile 2014, 102.71.

¹⁷⁰ Gower and Davis, « *Principles of Modern Company Law* » 9th Edition, 17-14.

¹⁷¹ Ibid.

En comparaison avec la *derivative action*, deux conclusions peuvent être faites.

La première est qu'alors que la *derivative action* a une procédure très complexe pour justifier le bienfondé et donc la recevabilité de l'action, l'action *ut singuli* n'a quasiment aucune condition de recevabilité. Celle-ci nécessite seulement la mise en cause de la société au nom de qui l'actionnaire minoritaire exerce l'action, condition de recevabilité existant aussi en droit anglais.

Se pose forcément la question de cette différence. En réalité, cette procédure stricte de la *derivative action* existe comme cela a été évoqué, pour éviter les abus. Ceux-ci sont possibles puisque la *derivative action* se fait aux frais de la société. L'absence de cette procédure pour l'action *ut singuli* s'explique par le fait que pour cette action, ce n'est pas la société qui engage les frais mais l'actionnaire minoritaire l'exerçant. Ce qui diminue fortement le risque d'abus au détriment de la société ou des dirigeants.

La seconde conclusion est que l'action *ut singuli* a un champ plus restreint que la *derivative action*. En effet elle ne permet d'être exercée qu'à l'encontre des dirigeants sociaux. La *derivative action*, grâce à la notion de *shadow directors* englobant en pratique les majoritaires, permet de poursuivre non seulement les dirigeants sociaux, mais aussi en pratique les majoritaires bloquant l'action sociale contre les dirigeants et étant *de facto* bien souvent les vrais dirigeants de la société.

Chapitre II : Les sanctions identiques de la *derivative action* et de l'action *ut singuli*

Ce qui rapproche grandement la *derivative action* et l'action *ut singuli* est le fait que, non seulement elles ont en commun d'être exercées par les actionnaires minoritaires au nom de la société, mais elles permettent aussi d'obtenir les mêmes sanctions. En effet, l'une comme l'autre ne permet que d'obtenir des dommages-intérêts pour la société. Ce sont donc des actions en responsabilité à l'encontre des dirigeants, et aucune autre sanction ne peut être permise sur le fondement de celles-ci.

En droit français, les articles 1843-5 du Code civil, L 223-22, alinéa 3 du Code de commerce, et L 225-252 du Code de commerce sont clairs sur cette question. Par exemple l'article 1843-5 du Code civil dispose que :

« Outre l'action en réparation du préjudice subi personnellement, un ou plusieurs actionnaires peuvent intenter l'action sociale en responsabilité contre les gérants. Les demandeurs sont habilités à poursuivre la réparation du préjudice subi par la société ; en cas de condamnation, les dommages-intérêts sont alloués à la société »¹⁷².

Les articles L 223-22 alinéa 3 et L 225-252 du Code de commerce sont aussi rédigés sur ce point de la sorte.

Il y a eu des tentatives en jurisprudence d'actionnaires minoritaires utilisant l'action *ut singuli* aux fins d'annuler une décision d'un dirigeant social. Cependant les juges français ont systématiquement rejeté cette possibilité. Ce fut le cas par exemple dans un arrêt de Cour de cassation du 19 octobre 1972, dans lequel la Cour de cassation casse un arrêt de Cour d'appel ayant autorisé la nullité de l'acte du dirigeant, aux motifs que :

« ...les textes susvisés autorisent seulement les actionnaires à exercer l'action sociale en responsabilité contre les administrateurs pour faute commise dans l'accomplissement de leur mandat aux fins d'obtenir réparation de leur propre préjudice, mais ne leur permettent pas d'agir à ce titre pour faire prononcer la nullité d'un acte social passé par les organes d'administration de la société »¹⁷³.

¹⁷² Article 1843-5 du Code civil.

¹⁷³ Cass. com. 19 octobre 1972.

L'actionnaire minoritaire peut donc seulement engager la responsabilité pour faute du dirigeant envers la société. Il peut cependant obtenir la réparation de « *l'entier préjudice* »¹⁷⁴, et même recourir à une demande d'astreinte¹⁷⁵ comme cela a été reconnu par la Cour de cassation¹⁷⁶.

La *derivative action* est aussi une action en responsabilité. Cependant la différence avec l'action *ut singuli* consiste en ce que, alors que l'action *ut singuli* peut être utilisée en cas de n'importe quelle faute du dirigeant portant préjudice à la société, la *derivative action* ne peut être exercée qu'en cas de faute spécifique visée par la loi.

En effet la section 260 (3) du Companies Act de 2006 dispose que :

« *Une derivative action en application de ce Chapitre peut être exercée dans le cas où la cause de l'action naît d'un actuel ou proposé acte ou omission impliquant une négligence, le défaut, la violation des devoirs ou la violation de confiance par un dirigeant de la société* »¹⁷⁷

L'idée de violation des devoirs (*breach of duty*) renvoie aux devoirs du dirigeant évoqués précédemment, listés aux sections 171 à 177 du Companies Act de 2006. Le fait de manquer à ces devoirs pourra donc potentiellement faire l'objet d'une *derivative action*, dès lors que le manquement porte préjudice à la société. Les fautes visées par la loi couvrent un champ extrêmement large de fautes, ce qui revient donc au même en pratique que le droit français.

Ainsi, la *derivative action* et l'action *ut singuli* ont donc une similarité conséquente concernant les sanctions qu'elles permettent d'obtenir à l'égard des dirigeants sociaux. Comme cela a été évoqué, les dommages-intérêts obtenus sont reversés à la société.

Cependant, une question pouvant paraître secondaire au premier abord rend la *derivative action* plus intéressante que l'action *ut singuli*. Cette question est celle de l'attribution des coûts de la procédure à la société, qui joue un rôle considérable dans l'intérêt d'une action au nom de celle-ci.

¹⁷⁴ Article L 225-252 du Code de commerce.

¹⁷⁵ Vincent Thomas, « *Action ut singuli et demande d'astreinte* » Rev. sociétés 2009.832.

¹⁷⁶ Cass. com. 7 juillet 2009.

¹⁷⁷ s. 260 (3) Companies Act 2006 : « *A derivative claim under this Chapter may be brought only in respect of a cause of action arising from an actual or proposed act or omission involving negligence, default, breach of duty or breach of trust by a director of the company* ».

Chapitre III : L'attribution des coûts de procédure à la société, avantage de la *derivative action* sur l'action *ut singuli*

Cette question est fondamentale en ce qui concerne la *derivative action* et l'action *ut singuli*, alors qu'elle pourrait apparaître au premier abord comme assez secondaire. En effet la *derivative action* et l'action *ut singuli* ont l'inconvénient commun en pratique d'être des actions au nom de la société. Par conséquent les dommages-intérêts obtenus sont reversés à celle-ci, et bénéficieront donc à l'ensemble des actionnaires. Ainsi ces actions sont en partie altruistes, puisqu'elles viennent bénéficier à d'autres.

Cependant si les coûts de procédure sont supportés par l'actionnaire minoritaire, l'action devient peu intéressante. En effet, pourquoi payer tous les frais de procédure pour une action dont l'actionnaire minoritaire ne recevra qu'une partie ? Cela est d'autant plus vrai quand l'actionnaire minoritaire a des parts minimales dans la société. Dans ce cas, l'actionnaire minoritaire ne bénéficiera quasiment pas des dommages-intérêts obtenus alors qu'il aura payé tous les frais de procédure.

C'est pourquoi le droit anglais et plus particulièrement les juges anglais, ont développé l'idée que c'est à la société de payer les frais de procédure relatifs à la *derivative action*. C'est pour cette raison que les conditions de recevabilité sont si strictes. Lorsque ces conditions de recevabilité ont été créées dans le Companies Act de 2006, les juges anglais avaient développé auparavant ce principe du paiement des frais de procédure par la société.

Les juges anglais ont d'abord été assez rétifs à l'idée d'admettre un *cost order* (ordre de paiement) imposé à la société au nom de laquelle l'actionnaire minoritaire agit¹⁷⁸. Cependant une telle possibilité a fini par être reconnue. L'arrêt de principe en la matière est la décision *Wallersteiner v Moir*¹⁷⁹. Dans cet arrêt les juges ont estimé que puisque l'action était faite au nom de la société, et donc dans son intérêt (puisque elle obtiendra tout dommages-intérêts obtenus), il paraît logique que les juges aient la possibilité d'accorder à l'actionnaire minoritaire ayant exercé l'action une indemnisation des coûts de la procédure par la société.

Dans cet arrêt, les juges ont par ailleurs aussi étudié la question d'une telle possibilité si l'action échoue. Là encore ceux-ci ont estimé que la société devait tout de même

¹⁷⁸ Arad Reisberg, « *Indemnity costs orders under s.459 petition ?* » *Company Lawyer* 2004, p.116.

¹⁷⁹ *Wallersteiner v Moir (No.2)* [1975] Q.B. 373 (CA (Civ Div)).

indemniser l'actionnaire minoritaire. Cependant ils estiment aussi que les juges doivent vérifier la bonne foi et la pertinence de la *derivative action* avant de la déclarer recevable, pour pas que la société ait à payer des frais injustement. Comme cela a été vu, cette vérification est devenue celle de la procédure de recevabilité du *two-stage test* inscrit dans le Companies Act de 2006.

Par conséquent, la *derivative action* devient bien plus intéressante dès lors que cette indemnisation est possible. Un tel ordre d'indemnisation par la société est à la discrétion du juge, mais c'est la norme en pratique dès lors que l'action est déclarée recevable¹⁸⁰. Le juge peut accorder cette indemnisation à n'importe quel moment de la procédure, par avance ou postérieurement.

Cependant il y a des tempéraments à cette règle. Par exemple dans l'arrêt *Stainer v Lee*¹⁸¹ les juges ont, dès la recevabilité de l'action, déclaré que la société devra indemniser l'actionnaire minoritaire de tous les coûts de procédure, mais dans la mesure où ils restaient raisonnables, avec une limite de 40 000 livres.

Un autre exemple de tempérament est illustré par l'arrêt *Qayoumi v Oakhouse Property Holdings Plc*¹⁸². Dans cet arrêt un actionnaire minoritaire avait exercé avec succès une *derivative action*, et un ordre d'indemnisation avait été émis par le juge. Cependant la société a par la suite fait faillite, et l'actionnaire minoritaire demandait dans ce cadre l'indemnisation des coûts de procédure. Les juges ont estimé que les créanciers de la société en liquidation avaient priorité. Une telle solution avait pour but de dissuader les actionnaires minoritaires de recourir à une *derivative action* coûteuse pour la société, quand celle-ci est déjà à la limite de l'insolvabilité¹⁸³.

En ce qui concerne l'action *ut singuli*, celle-ci apparaît moins intéressante pour un actionnaire minoritaire sur ce point. En effet il n'existe dans le cadre de cette action aucune possibilité d'indemnisation de l'actionnaire minoritaire, même si l'action réussit. C'est ce qui explique le fait qu'elle soit tellement négligée par la pratique, en plus du

¹⁸⁰ Gower and Davis, « *Principles of Modern Company Law* » 9th Edition, 17-24.

¹⁸¹ *Stainer v Lee* [2010] EWHC 1539 (Ch).

¹⁸² *Qayoumi v Oakhouse Property Holding Plc* [2003] 1 B.C.L.C. 352.

¹⁸³ Gower and Davis, « *Principles of Modern Company Law* » 9th Edition, 17-24, note de bas de page 73.

fait que les dommages-intérêts soient attribués à la société. Certains auteurs évoquent par exemple la « *crainte de devoir supporter les frais de procédure et d'avocat* »¹⁸⁴.

Cependant il y a un tempérament en ce qui concerne les sociétés anonymes. En effet, l'article L 225-252 du Code de commerce précise que l'action *ut singuli* peut être exercée :

« ...soit individuellement, soit par une association répondant aux conditions fixées à l'article L. 225-120 soit en se groupant dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat »¹⁸⁵.

Ainsi les actionnaires minoritaires peuvent partager les coûts de procédure, soit par le biais d'une association d'actionnaire régie par l'article L 225-120 du Code de commerce, soit en se groupant directement. Les conditions d'un tel groupement sont prévues à l'article R 225-169 du Code de commerce, qui dispose que :

« S'ils représentent au moins le vingtième du capital social, des actionnaires peuvent, dans un intérêt commun, charger à leurs frais, un ou plusieurs d'entre eux de les représenter, pour soutenir, tant en demande qu'en défense, l'action sociale soit contre les administrateurs, soit contre le directeur général, soit contre les membres du directoire. »¹⁸⁶.

Par ailleurs, la suite de l'article prévoit des dispositions rendant plus simple l'accès à un tel groupement des actionnaires minoritaires dans les sociétés ayant un capital conséquent. En effet plus la société anonyme sera importante en capital, plus il sera difficile pour des minoritaires de réunir la condition du vingtième du capital social. Il existe donc malgré tout dans le droit des sociétés anonymes des possibilités d'association ou de groupement d'actionnaires avec représentation, permettant de diminuer les coûts de procédure en les partageant entre les différents actionnaires.

Pour conclure sur la comparaison de la *derivative action* et de l'action *ut singuli*, celles-ci apparaissent comme poursuivant exactement le même objectif. Ce sont des actions sociales en responsabilité des dirigeants sociaux, exercées par les actionnaires minoritaires pour pallier la carence des dirigeants qui ne vont pas exercer l'action

¹⁸⁴ Alexis Constantin, « *Nature et régime de l'action sociale ut singuli. Articulation avec l'action sociale ut universi* » Rev. sociétés 2001. 323.

¹⁸⁵ Article L 225-252 du Code de commerce.

¹⁸⁶ Article R 225-169 du Code de commerce.

sociale contre eux-mêmes. Cependant, la *derivative action* accomplit cet objectif plus efficacement. Tout d'abord, en permettant d'être exercée à l'encontre des *shadow directors* et donc des majoritaires, elle permet d'attaquer ceux qui soutiennent les dirigeants fautifs et dirigent *de facto* la société. De plus, elle permet ce que l'action *ut singuli* ne permet pas, à savoir l'indemnisation par la société des frais de procédures engagés par l'actionnaire minoritaire. Ceci est essentiel, sachant que les dommages-intérêts ne sont pas reversés à l'actionnaire minoritaire mais à la société, profitant à l'ensemble des actionnaires.

Conclusion

Pour faire la synthèse de ce qui a été développé, ces actions peuvent être classifiées de la façon suivante. Toutes les quatre sont des mécanismes juridiques permettant à un actionnaire minoritaire de faire face à une majorité abusive.

L'*unfair prejudice petition* et l'action en abus de majorité permettent à un actionnaire minoritaire d'exercer une action en leur nom, et donc en protection de leurs propres intérêts. Cependant l'*unfair prejudice petition* a un champ plus large et est plus soucieuse des intérêts de l'actionnaire minoritaire, en lui offrant une solution de sortie de la société à bon prix. L'action en abus de majorité est moins soucieuse de l'intérêt du minoritaire, et plus intéressée que l'*unfair prejudice petition* par le but de protéger l'intérêt social et de sanctionner l'abus. En effet la sortie de l'actionnaire minoritaire de la société ne sanctionne pas vraiment l'abus, puisque ce n'est qu'un achat forcé et pas des dommages-intérêts ou la nullité de la décision litigieuse. L'achat forcé des actions est d'une certaine sorte une sanction, mais ce n'est pas aussi sévère que des dommages-intérêts.

L'action en abus de majorité a certes l'avantage de sanctionner l'abus directement, mais a le désavantage de ne pas offrir de solution de sortie à l'actionnaire minoritaire. Celui-ci se trouve donc encore d'une certaine manière coincé au sein de la société, toujours soumis à une majorité abusive. La seule exception est celle des cas extrêmes où la société est dissoute. Ainsi, bien que partageant le même objectif global de protection des actionnaires minoritaires, cet objectif est plus prononcé dans le cadre de l'*unfair prejudice petition* qui accomplit mieux celui-ci.

C'est aussi d'une certaine manière le cas pour la *derivative action* et l'action *ut singuli*. Ces actions l'une comme l'autre, permettent à un actionnaire minoritaire d'exercer l'action sociale en responsabilité des dirigeants, dans les cas où les dirigeants soutenus par les majoritaires ne vont pas exercer cette action contre eux-mêmes. Ces actions ont donc pour objectif premier de permettre l'exercice en pratique de l'action sociale, tout en protégeant les actionnaires minoritaire d'une direction qui commettrait des fautes à l'égard de la société impunément. Cependant ces actions en responsabilité sont moins intéressantes par nature, puisque les dommages-intérêts sont versés à la société, et donc dans l'intérêt de l'ensemble des actionnaires. Là encore bien qu'ayant un même objectif, la *derivative action* accomplit celui-ci plus efficacement, en imputant les frais de procédure à la société dès lors que l'actionnaire minoritaire remplit les complexes conditions de recevabilité. L'action *ut singuli* offre

cependant, comme c'est le cas pour les sociétés anonymes, des solutions d'association ou de groupement des actionnaires minoritaires dans l'action pour partager les frais de procédure.

Par conséquent, il transparaît de cette étude comparative que le droit anglais se préoccupe plus des intérêts des minoritaires, en tout cas du point de vue des actions qu'ils peuvent exercer à l'encontre des contrôleurs de la société abusant de leur contrôle de celle-ci.

Dans un article de la Revue Internationale de droit comparé, Michel Germain écrit à propos du droit des minoritaires en droit français des sociétés¹⁸⁷. Dans cet article, après avoir évoqué l'ensemble des droits des minoritaires, il conclue notamment que :

*« Il semble que les droits des minoritaires n'ont pas atteint en France un état stable et définitif. Ils sont une création continue de la loi et de la jurisprudence. Il n'est pas impossible d'ailleurs que, dans l'avenir, les minoritaires soient considérés avec plus d'intérêt que ce n'est le cas actuellement. Jusqu'à présent, dans la mesure où ils courent par nature des risques dans une structure majoritaire, la loi et la jurisprudence s'efforcent de les protéger pour eux-mêmes. Mais la meilleure manière de les protéger pour eux-mêmes a souvent été de leur permettre d'être la conscience active de l'intérêt collectif. Ceci se voit bien [...] au travers de l'action en responsabilité (N.B. référence aux différentes actions en responsabilité dont l'action ut singuli) ou de l'action en nullité (N.B. Michel Germain classait dans son article l'action en abus de majorité dans la catégorie des actions en nullité, il en fait donc référence ici), dans lesquelles le minoritaire remplit le plus souvent le rôle d'un agent de légalité de la société »*¹⁸⁸.

Michel Germain résume bien les deux points qui ont pu être constatés le long de cette étude comparative.

Le premier est qu'en effet, le droit français évolue dans la direction du droit anglais sur ce point. Le sens du droit français est d'aller vers plus en plus de protection des minoritaires, et se rapproche mais n'a pas encore atteint le stade du droit anglais, en tout cas du point de vue des actions des minoritaires. Pour prendre un exemple évoqué précédemment parmi d'autres, la possibilité d'utiliser l'action en abus de majorité à

¹⁸⁷ Michel Germain, « *Les droits des minoritaires (droit français des sociétés)* » Revue internationale de droit comparé Vol. 54 N°2, Avril-juin 2002. pp. 401-413.

¹⁸⁸ Ibid.

l'encontre d'un acte d'un dirigeant a été reconnu, rapprochant cette action de l'*unfair prejudice petition*.

Le second point est qu'effectivement bien souvent l'actionnaire minoritaire est certes la personne exerçant l'action, et bénéficie totalement (abus de majorité) ou partiellement (action *ut singuli*) de ce qu'elle permet d'obtenir. Cependant c'est bien souvent la société qui est protégée. Dans le cadre de l'action *ut singuli*, ce constat est évident car cette action se fait au nom de celle-ci. Cependant même dans le cas de l'action en abus de majorité, la sanction de l'abus peut être considéré comme la protection de la société. De plus, la contrariété à l'intérêt social est une des conditions de l'abus de majorité. Cependant les dommages-intérêts lorsqu'ils sont attribués, sont reversés à l'actionnaire minoritaire. Par conséquent, l'action en abus de majorité se trouve entre les objectifs de protection de la société, et celui de protection de l'actionnaire minoritaire. L'*unfair prejudice petition*, elle, est quasiment entièrement focalisée sur l'objectif de protection de l'actionnaire minoritaire.

Bibliographie

Sources françaises

Ouvrages

Claude Didry, Pascal Ancel. « *L'abus de droit, une notion sans histoire ?* ». Ancel P., Aubert G., Chappuis C. *L'abus de droit, comparaison franco-suisse*, Publications de l'Université de Saint-Etienne

Jean-Pierre Sortais, « *Abus de droit (Majorité, minorité, égalité)* » Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, mars 2003 (actualisation : janvier 2017)

Monique Bandrac, « *Chapitre 102 Vérification de la qualité à agir* » Dalloz action Droit et pratique de la procédure civile 2014, 102.71

Le Lamy sociétés commerciales à jour en juin 2017 (consulté en ligne)

Revue

Alexis Constantin, « *Nature et régime de l'action sociale ut singuli. Articulation avec l'action sociale ut universi* » Rev. sociétés 2001. 323

Arnaud Lecourt, « *Recevabilité opportune de l'action sociale ut singuli contre le liquidateur amiable* », Rev. sociétés 2015.237

Benoît Lecourt, « *Annulation d'une décision sociale de mise en réserve des bénéficiaires pour abus de majorité* », Rev. sociétés 2004. 337

Christine Boillot, « *Action ut singuli et mise en cause de la société* » Rev. sociétés 2014. 301

Daniel Tricot, « *Abus de droits dans les sociétés* » RTD Com. 1994. 617

Edmond Schlumberger, « *L'abus de majorité lié à l'absence de distribution de bénéficiaires* », Rev. sociétés 2016. 526

Frédéric Garron, « *La rémunération excessive des dirigeants des sociétés commerciales* » Rev. sociétés 2004. 795

Jacques Mestre, « *Le dirigeant social peut faire annuler pour abus de majorité une convention passée par la personne morale* » RTD civ. 1997. 929

Jean-Claude Hallouin, « *Le gérant d'une SARL a qualité pour agir en nullité d'une convention constitutive d'un abus de majorité perpétré par son ancien gérant* », Recueil Dalloz 1998 p.181

Lucie Mongin-Archambeaud, « *Action ut singuli formée contre le dirigeant, représentant légal de la société : le rôle fondamental du mandataire ad hoc* » Bulletin Joly Sociétés – 01/07/2014 – n° 07-08

Michel Germain, « *Les droits des minoritaires (droit français des sociétés)* » Revue internationale de droit comparé Vol. 54 N°2, Avril-juin 2002

Paul Le Cannu et Bruno Dondero, « *La décision d'accorder au président une rémunération supérieure aux bénéficiaires n'était pas constitutive d'un abus de majorité* », RTD com. 2009. 383

Philippe Rémy, « *Planiol : un civiliste à la Belle Epoque* » RTD civ.2002.31

Vincent Thomas, « *Action ut singuli et demande d'astreinte* » Rev.sociétés 2009. 832.

Autre

Fiches d'orientation Dalloz, « *Abus de majorité* » Septembre 2016

Sources anglaises

Ouvrages

A.J. Boyle, « *Minority shareholder's remedies* » Cambridge University Press 2002

Gower and Davis, « *Principles of Modern Company Law* » 9th Edition

Mayson, French & Ryan, « *Company Law* » 30th Edition

Victor Joffe et al, « *Minority Shareholders : Law, Practice and Procedure* » Fourth Edition

Revue

A. M. Gray, « *The statutory derivative claim : an outmoded superfluosity ?* » Company Lawyer 2012, p.295.

Andrew Key and Joan Loughrey, « *Something old, something new, something borrowed: an analysis of the new derivative action under the Companies Act 2006* »
Law Quarterly Review 2008

Arad Reisberg, « *Indemnity costs orders under s.459 petition ?* » Company Lawyer
2004

David Millman, « *Unfair prejudice : the litigation goes on, and on...* » Company Law
Newsletter 2004.

David Milman, « *Protection of minority shareholders in the post-Companies Act 2006
era* » Company Law Newsletter

David Milman, Company Law Newsletter « *Litigating domestic disputes within
companies : continuity or changes ?* »

Julia Tang, « *Shareholder remedies :demise of the derivative claim ?* » UCL Journal
of Law and Jurisprudence, p.181.

Milner Moore and Lewis, Herbert Smith, « *In the Line of Fire--Directors Duties under
the Companies Act 2006* »

Paul Paterson, « *A criticism of the contractual approach to unfair prejudice* »
Company Lawyer 2006

Say Hak Goo, « *The Companies Act 1985 s.459 and the Insolvency Act 1986
s.122(1)(g)* » Company Lawyer 1994

Stephen Griffin, « *Shareholder remedies and the no reflective loss principle -
problems surrounding the identification of a membership interest* », Journal of
Business Law 2010 issue 6

Tony J. Boyle, « *The new derivative action* » Company Lawyer 1997

Autre

Law Commission, Shareholder Remedies: Report on a Reference under Section
3(1)(e) of the Law Commissions Act 1965 (Law Com. No.246, Cm. 3769, 1997)