

Acquisition de participations croisées interdites : la nullité écartée

La Cour de cassation vient de se prononcer, semble-t-il pour la première fois, sur la sanction des participations croisées, en refusant d'annuler une cession d'actions intervenue en infraction avec les règles applicables en la matière.

La réglementation des participations croisées entre deux sociétés n'est pas nouvelle et a fait l'objet d'une première loi dès 1943. Les participations croisées – la détention, par une première société, d'actions d'une deuxième société alors que cette dernière détient également des actions de la première – peuvent apparaître en effet dangereuses à deux égards. D'une part, elles pourraient permettre aux conseils d'administration des sociétés concernées de « verrouiller » les assemblées qui doivent pourtant les élire et auxquelles ils doivent rendre compte. Certains conseils pourraient ainsi se maintenir abusivement en place, en dépit d'une gestion malheureuse. D'autre part, les participations croisées conduisent à un capital partiellement fictif. En simplifiant, le capital de la première société est en effet utilisé pour constituer le capital de la deuxième, qui elle-même utilise son capital pour constituer le capital de la première société. Autrement dit, en injectant seulement 100 francs dans ce circuit, on peut retrouver 200 francs de capital.

La loi de 1943 a été modifiée à plusieurs reprises, mais toujours en vue de limiter plus étroitement les cas où les participations croisées sont admissibles. La législation actuelle est fixée par l'article 358 premier alinéa de la loi du 24 juillet 1966. Selon ce texte, « une société par actions ne peut posséder d'actions d'une autre société, si celle-ci détient une fraction de son capital supérieure à 10 % ». Sont visées ici les seules participations entre sociétés par actions. Or une participation croisée entre une société par actions et une société d'une autre forme est aussi porteuse de dangers qu'entre deux sociétés par actions. Aussi l'article 359 de la même loi ajoute-t-il : « si une société autre qu'une société par actions compte parmi ses associés une société par actions détenant une fraction de son capital supérieure à 10 %, elle ne peut détenir d'actions émises par cette dernière. (...) Si une société autre qu'une société par actions compte parmi ses associés une société par actions détenant une fraction de son capital égale ou inférieure à 10 %, elle ne peut détenir qu'une fraction égale ou inférieure à 10 % des actions émises par cette dernière ». Autrement dit, les participations croisées entre une société par actions et une autre ne sont autorisées que si chacune de ces sociétés détient au plus 10 % du capital de l'autre.

La doctrine, dans son ensemble, considèrerait que ces textes interdisaient à une première société par actions d'acquérir des titres d'une deuxième société par actions dans la mesure où cette deuxième société détenait déjà plus de 10 % du capital de la première. La doctrine ne précisait pas quelles étaient les sanctions si cette interdiction n'était pas respectée.

Un récent arrêt de la Cour de cassation (1) pourrait remettre en cause cette analyse. Dans cette affaire, deux personnes physiques avaient cédé à une société anonyme A leurs actions d'une société anonyme B, alors que B détenait près de 25 % du capital de A. La cour d'appel, saisie de cette opération, avait considéré qu'elle était nulle car contraire aux dispositions d'ordre public de l'ar-

ticle 358. La Cour de cassation a cassé cet arrêt et estimé pour sa part que les prescriptions de l'article 358 ne sont pas sanctionnées par la nullité de cette cession. Il faut s'interroger sur la portée à donner à cet arrêt.

Une portée à préciser

Selon certains commentateurs (2), la Cour de cassation indiquerait ainsi qu'il est possible d'acheter des actions d'une société, même si cet achat donne lieu à une participation croisée interdite. Il faudrait seulement régulariser ultérieurement la situation, conformément à l'alinéa 2 de l'article 358. Ce texte indique en effet comment organiser les cessions d'actions nécessaires pour mettre fin à la participation croisée.

Cette interprétation repose sur une analyse très littérale du texte. L'article 358 dispose en effet qu'une société par action ne peut « posséder » d'actions d'une autre société si celle-ci détient plus de 10 % de son capital. « Posséder » n'est effectivement pas l'équivalent d'« acquérir ». L'acquisition serait donc possible. D'ailleurs, selon cette analyse, si les textes prévoient les modalités de la régularisation, c'est parce qu'il est possible de constituer des participations croisées même si elles doivent être ultérieurement défaits. Enfin, ces commentateurs soulignent très justement les risques de blocage que provoquerait l'interdiction des acquisitions donnant

lieu à participations croisées au-delà du seuil autorisé, sous la condition que ces participations soient provisoires.

Surtout, il semble que si la Cour de cassation exclut la nullité comme sanction, elle n'exclut pas qu'il y ait d'autres sanctions. Qu'on en juge. Dans son attendu, la Cour affirme : « les prescriptions des textes susvisés ne sont pas sanctionnées par la nullité de la cession », et n'ajoute rien.

Sanctions pénales

Les textes prévoient d'ailleurs au moins deux autres sanctions. En premier lieu, l'article 358, comme l'article 359, prive de droit de vote les actions détenues par une société, alors que, sur la base de ces articles, elle doit les céder. En second lieu, selon l'article 482 de la loi de 1966, sont sanctionnés pénalement par une amende de 120.000 francs les présidents, administrateurs, membres du directoire, directeurs généraux ou gérants qui auront sciemment contrevenu aux dispositions des articles 358 et 359. On peut certes, comme mentionné plus haut, donner une interprétation extensive de l'arrêt de la Cour de cassation en considérant que la seule acquisition donnant lieu à participation croisée ne contrevient pas aux articles 358 et 359. Il n'y aurait alors de sanctions pénales que si aucune régularisation n'intervenait dans les délais prévus. Cependant, même avec une telle analyse, il conviendrait d'être prudent. Elle repose sur un seul arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation. Rien ne permet d'affirmer que la chambre criminelle aurait la même lecture du texte, ni de quelle manière trancherait le cas échéant l'assemblée plénière.

Par ailleurs, le texte exige que l'infraction soit effectuée sciemment. Si en définitive les acquisitions, et pas seulement le défaut de régularisation, étaient prohibées, les mandataires sociaux, au moins dans les sociétés anonymes non cotées, pourraient difficilement dégager leur responsabilité pénale en prétendant que ces acquisitions n'ont pas été réalisées sciemment. Dans une société anonyme non cotée, tous les actionnaires sont en effet inscrits dans les comptes d'actionnaires tenus par la société ou par un mandataire auquel elle délègue cette charge. Une société anonyme sait donc nécessairement, en permanence, qui sont ses actionnaires. Les mandataires sociaux pourront donc difficilement soutenir qu'ils ne savaient pas que l'acquisition donnait lieu à une participation croisée interdite.

Comme exposé ci-dessus, il faut ainsi être prudent quant aux conséquences que l'on peut tirer de cet arrêt de la seule chambre commerciale de la Cour de cassation. Cet arrêt dispose seulement que les cessions d'actions intervenues en contravention avec l'articles 358 ne sont pas nulles. Rien de plus. Il convient d'attendre la position de la chambre criminelle et l'interprétation que fera la jurisprudence du principe ainsi posé.

BRUNO PICHARD (*)

(*) Avocat. Michel Pichard et Associés.

(1) Cass. comm. 3/01/96. RJDA, avril 1996, n° 512.

(2) « La Semaine juridique », 1996, éd. E II, n° 808.

Des sanctions autres que la nullité sont possibles.

lieu à participations croisées : pour se prémunir contre une acquisition par une autre société; il suffirait à une société de posséder plus de 10 % du capital de l'autre.

Il n'est cependant pas certain que l'arrêt de la Cour de cassation ait une telle portée. Certes, « posséder » n'est pas « acquérir ». Mais, il est possible que le législateur ait utilisé le terme « posséder » pour élargir très sensiblement les cas où les participations croisées sont interdites. Acquérir n'est qu'un moyen de posséder. Dans certains cas, un actionnaire peut voir sa participation dans une société anonyme augmenter sans acheter d'actions et, même plus, en restant purement passif.

Par exemple, on sait que les cessions d'actions sont souvent soumises à agrément du conseil d'administration. A défaut d'agrément, le cédant et la société peuvent convenir que les actions à vendre seront annulées par une réduction de capital de la société. Cette réduction, qui ne porte que sur les actions du cédant, augmente automatiquement le pourcentage du capital détenu par les autres actionnaires. Une augmentation passive peut se produire également à l'occasion d'une fusion, lorsque la société absorbée était actionnaire d'une société elle-même actionnaire de l'absorbante.

Dans la mesure où des participations croisées interdites peuvent ainsi naître involontairement, le législateur se devait de prévoir une possibilité de régularisation. Cette possibilité ne prouve donc pas que le législateur a voulu autoriser la constitution volon-