Corrigé sur 10/10

1) Risques liés aux actions en paiement engagées contre ABC Corporation (total des points 4)

La société ABC Corporation fait l'objet de deux poursuites que nous allons examiner distinctement.

A) L'action de la Banque du Nord (total des points 2,5)

En principe, la relation contractuelle est établie entre cette banque et la société Nour SA en vertu d'un contrat de prêt apparemment non remboursé.

La Banque peut valablement actionner la société débitrice conformément au droit commun. En fait, la Banque se dirige vers la société mère. Il est très probable que la filiale connaisse des difficultés et que du point de vue de la Banque, le patrimoine de la société mère présente plus d'assurance de paiement.

La Banque se prévaut à l'encontre d'ABC Corporation d'une lettre d'intention émanant d'elle, mais non autorisée au préalable par le conseil d'administration, comportant "un engagement de notre Société de faire tout le nécessaire pour la bonne exécution des engagements pris par notre Filiale la société Nour SA". Mais la requête introductive d'instance, signifiée à ABC Corporation, entend fonder l'action en paiement sur l'article 476 du Code des sociétés commerciales qui permet au créancier d'agir contre la société débitrice ou une autre société appartenant au même groupe ou les deux sociétés solidairement dans les cas où "il est établi que l'une de ces sociétés a agi de manière à faire croire qu'elle contribue aux engagements de la société débitrice appartenant au groupe".

Il faut distinguer trois questions.

1. L'action fondée sur la lettre d'intention est une action fondée sur un acte unilatéral émanant de la société mère. Il est créateur d'obligation au profit de la Banque dès qu'elle en a connaissance (article 22 du Code des obligations et des contrats). Les actes unilatéraux sont une source d'obligation en droit tunisien. Le juge peut leur donner effet de droit.

Dans le cas présent, la société mère s'est engagée à « faire tout le nécessaire pour la bonne exécution des engagements pris par notre Filiale la société Nour SA ». C'est une obligation de moyens qui est imposée à la société mère. Le non paiement par la société Nour SA de sa dette ne constitue pas en faute la société mère. La Banque doit rapporter la preuve que la société n'a pas fait le nécessaire pour amener sa filiale à payer. La faute de la mère peut par exemple constituer en un défaut de contrôle du niveau d'endettement, c'est-à-dire non-opposition à un endettement excessif de la filiale. Un examen serré des causes de non-remboursement du prêt permet de situer la faute de la société mère qui a un pouvoir de contrôle de la filiale. Le fait que la mère ne prête pas à la filiale des sommes nécessaires pour faire face au service de la dette peut également constituer une faute engageant la responsabilité de la mère.

La faute de la société mère est sanctionnée par l'allocation des dommages et intérêts à la Banque dont le montant est équivalent aux sommes dues. (0,75 point)

2. La question se pose néanmoins de savoir si la société mère peut échapper à l'action de la Banque en se prévalant de la nullité de la lettre d'intention en raison du défaut d'autorisation préalable du conseil d'administration. En vertu de l'article 200 du Code des sociétés commerciales, « la garantie des dettes d'autrui » est soumise à autorisation préalable du conseil d'administration. Il n'en est autrement qu'en vertu d'une stipulation statutaire autorisant la garantie dans un seuil qu'ils déterminent. L'autorisation du conseil d'administration est une condition de validité de la garantie. A défaut d'autorisation, elle peut être annulée si le garant justifie d'un dommage.

Nous supposons que dans notre cas d'espèce les statuts sont muets et qu'il n'existe pas une clause de dispense. Il s'agira alors de savoir si la lettre d'intention remise à la Banque est, au sens juridique du terme, une garantie de la dette d'autrui.

!! piège convention non autorisée par le conseil

1

Une réponse négative s'impose. La société mère s'est engagée non à garantir le paiement de la dette d'autrui mais de faire tout son possible pour que le débiteur honore ses engagements. Quand la Banque agit sur la base de la lettre d'intention, elle n'agit pas pour réclamer le remboursement du prêt accordé à la filiale mais de réparer un dommage en raison de la commission d'une faute. Donc la lettre d'intention n'est pas soumise à autorisation du conseil d'administration. Elle est hors champ d'application de l'article 200 du code des sociétés commerciales. (0,75 point)

3. L'action fondée sur la lettre d'intention est distincte de l'action fondée sur l'apparence en vertu de l'article 476 du Code des sociétés commerciales. Dans cet article, la responsabilité de la mère est engagée en dehors de tout engagement volontaire de sa part. Il suffit que le créancier ait pu croire en l'existence d'un engagement apparent de la mère à contribuer à la dette de la filiale pour qu'il puisse agir en paiement.

Il y a donc une erreur de la part de la Banque sur la qualification juridique de l'action en paiement. (1 point)

B) L'action du créancier du GIE (total des points 1,5)

La société ABC Corporation était membre d'un groupement d'intérêt économique et avait la qualité d'administrateur. Elle s'en était retirée mais le greffe du tribunal n'a procédé le 28 juin 2012 qu'à la publication de sa démission de ses fonctions d'administrateur. Sur sa requête en date du 24 septembre 2012 à fin de compléter et rectifier la mention, le greffe a procédé à la publication de son retrait du GIE "avec effet rétroactif" au 28 juin 2012. Un fournisseur impayé somme, en vain, le GIE pour le règlement de sa créance. Il agit solidairement contre le GIE et la Société. Il se prévaut de quatre factures au titre de livraisons de marchandises effectuées dans le cadre d'une convention cadre conclue le 1/1/2012 et dont les effets se poursuivent jusqu'à la fin de l'année 2012. Deux de ces factures sont établies en contrepartie de livraisons faites le 1^{er} juin 2012, une troisième est établie pour une livraison faite en date du 24 août 2012 et la dernière facture est établie pour une livraison faite le 30 décembre 2012.

Selon l'article 446 du code des sociétés commerciales « les membres du groupement d'intérêt économique sont responsables solidairement et indéfiniment des dettes du groupement sur leurs propres patrimoines sauf convention contraire avec le tiers contractant. Les créanciers du groupement ne peuvent poursuivre le paiement des dettes contre un membre qu'après mise en demeure du groupement. En cas de retrait d'un membre du groupement, sa responsabilité demeure engagée pour les dettes antérieures trois ans à partir de la date de la publication de son retrait. (0,25 point)

En application de cette disposition, la société ABC est solidairement responsable du paiement de la première facture qui est incontestablement antérieure au retrait du GIE. (0,25 point)

Pour les factures résultant des livraisons faites après le retrait, la société demeure tenue solidairement de son paiement car la publication du retrait n'est faite d'une manière régulière que tardivement. Le greffier ne peut donner à une publication un caractère rétroactif. La société ABC Corporation dans ses rapports avec le fournisseur demeure tenue du paiement, mais elle peut se retourner contre l'Etat pour mauvais fonctionnement du service. (0,5 point)

La quatrième facture est faite au titre d'une livraison postérieure à un retrait régulièrement publié. La question se pose néanmoins de savoir si le fournisseur peut soutenir que la livraison s'est faite dans le cadre d'un contrat cadre antérieur et donc le fait générateur de l'obligation est antérieur au retrait. En droit, le fait générateur de l'obligation de paiement du prix est la réalisation de la vente particulière. Le contrat cadre ne crée pas par lui-même des obligations de paiement de prix (0,5 point) ✓

II) La validité en la forme de la réunion du conseil d'administration d'ABC Corporation (total des points

2)

Les statuts fixent les délais de convocation du conseil d'administration. La clause statutaire comble une lacune du code des sociétés commerciales. Le délai de convocation est donné aux administrateurs pour préparer les réunions qui ne doivent pas être convoquées d'une manière intempestive. En l'espèce, la clause statutaire fixe un délai uniforme. Il n'est pas donné au Président d'abréger les délais même sous prétexte d'urgence. On pourrait penser que seul le juge des référés peut autoriser une convocation d'urgence, mais c'est là une autre

3

question. L'administrateur minoritaire n'a pas assisté et n'a donc pas régularisé l'irrégularité par sa présence. La clause statutaire oblige les dirigeants et la sanction est la nullité par analogie à ce qui est prévu à l'article 290 du Code des sociétés qui permet d'annuler les délibérations des assemblées générales faites en violation des statuts (0,75 point).

Par ailleurs, les représentants permanents empêchés d'assister ne peuvent donner mandat qu'à un autre administrateur et non à un tiers. Chaque personne morale nommée administrateur doit, en effet, désigner un représentant permanent qu'elle peut changer (article 191 du code des sociétés commerciales). Seul le représentant permanent est autorisé à représenter un administrateur personne morale. En cas d'empêchement, il doit donner mandat à un autre collègue dans le conseil d'administration. Le mandat ne peut être donné à un tiers étranger au conseil d'administration (0,75 point).

Si l'on tient de cette irrégularité, on dira que les personnes morales administrateurs étaient absentes de la réunion du conseil d'administration et du coup le quorum de la moitié, exigé par l'article 199 du code des sociétés commerciales, n'est pas atteint et la décision prise est par conséquent irrégulière (0,5 point).

III) Régularité quant au fond de la décision du conseil d'administration d'ABC Corporation d'autoriser une augmentation du capital réservée de la filiale (total des points 1,5)

La décision du conseil d'administration d'ABC Corporation d'autoriser le dirigeant social de voter favorablement une augmentation de capital de la filiale et la suppression du droit préférentiel au profit des actionnaires majoritaires de la société ABC Corporation entre-t-elle dans le champ d'application des conventions suspectes passées entre la société et ses administrateurs, opérations visées par l'article 200 du Code des sociétés commerciales et soumises à l'autorisation du conseil d'administration ? L'intérêt de la question réside dans la détermination du régime des délibérations du conseil d'administration. Les administrateurs intéressés peuvent-ils participer au vote. Leurs voix sont-elles prises en compte dans le calcul de la majorité ?

Cette question pose la problématique des actes collectifs pour savoir s'ils doivent ou non être considérés comme des conventions au sens de l'article 200 du code des sociétés commerciales ? Par exemple la constitution d'une société entre une société et l'un de ses dirigeants et la résolution d'assemblée générale sont elles soumises à la procédure de contrôle visée par l'article 200 (0,5 point).

L'acte collectif tient essentiellement à un mécanisme d'élaboration original. Il s'analyse comme un processus¹, c'est-à-dire la conjugaison d'un certain nombre de formalités qui aboutit à la constitution de la société ; de plus, il se caractérise par une décision qui répond à la loi de la majorité. Toutefois, les actes collectifs ont la même force obligatoire que les contrats et sont soumis au même régime juridique (0,5 point).

Les dirigeants de la mère ont bien fait de soumettre à autorisation du conseil d'administration le sens du vote à l'assemblée générale extraordinaire de la filiale, mais ils ont manqué de tirer les conséquences de droit en matière de suspension du droit de vote des administrateurs intéressés (0,5 point).

IV) Nullité de la décision d'augmentation de capital de la filiale (total des points 2,5)

Deux questions sont posées. L'assemblée générale extraordinaire peut-elle se prononcer par une résolution unique sur l'augmentation de capital de la filiale et sur la suppression du droit préférentiel de souscription ? Si la délibération de l'assemblée générale extraordinaire est irrégulière, les actionnaires minoritaires de la mère peuvent-ils agir en nullité ?

A) Existe-t-il une cause de nullité de l'augmentation du capital de la filiale ?

L'article 293 du Code des sociétés commerciales donne compétence à l'assemblée générale de décider l'augmentation du capital d'une société anonyme. Cela suppose que les actionnaires votent, selon les conditions de quorum et de majorité prévues par la loi, la résolution présentée par le conseil d'administration d'autoriser d'augmenter le capital (0,5 point).

¹ Y. BALENSI, « Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants », Paris 1975, Economica, p. 23.

La décision d'augmenter le capital ouvre au profit des actionnaires un droit préférentiel de souscription qu'ils exercent, à titre irréductible et réductible, dans les conditions prévues par les articles 296 et 297 du Code des sociétés commerciales.

Le droit préférentiel peut cependant être supprimé par une résolution spéciale de l'assemblée générale extraordinaire. C'est ce que prévoit l'article 300 du code des sociétés commerciales. « L'assemblée générale extraordinaire qui décide ou autorise une augmentation du capital social peut supprimer le droit préférentiel de souscription pour la totalité de l'augmentation du capital ou pour une ou plusieurs parties de cette augmentation. Elle approuve, obligatoirement et à peine de nullité de l'augmentation, le rapport du conseil d'administration ou du directoire et celui des commissaires aux comptes relatif à l'augmentation du capital et à la suppression dudit droit préférentiel (0,5 point).

Dans le cas de l'espèce, l'assemblée générale extraordinaire a procédé par un seul vote d'une seule résolution. L'assemblée générale ne peut supprimer le droit préférentiel de souscription qu'après sa naissance. La décision est donc nulle (0,5 point).

B) Possibilité pour les actionnaires minoritaires de la mère d'agir en nullité de l'augmentation de capital de la filiale

Pour agir en nullité il faut avoir la qualité et l'intérêt pour agir.

Seule la mère, actionnaire dans la filiale, peut agir en nullité. Les actionnaires minoritaires de la mère du moment qu'ils ne sont pas des actionnaires de la filiale ne peuvent pas agir en nullité (0,25 point).

Par ailleurs leur intérêt est indirect (0,25 point).

Les actionnaires minoritaires peuvent cependant agir en responsabilité civile contre les actionnaires majoritaires de la mère en application de l'article 477 du Code des sociétés commerciales. Pour cela il faut qu'ils rapportent la preuve que la majorité a utilisé les droits de vote dont elle dispose pour favoriser ces intérêts particuliers dans la filiale (0,5 point).

Ⓢ 10% du capital au minimum.

- *parce que c'est la mère, elle doit donc avoir la majorité de droit, le vote en la filiale. c'est elle qui décide donc de l'acte K. La décision se manifeste par le dirigeant.*

-> *l'acte K est à autorisation des conseils. Cependant, elle va être en plus,*

Par ailleurs les administrateurs bénéficiaires ne doivent pas voter au niveau du conseil