

# Revue des sociétés

Revue des sociétés 1996 p. 80

Les actions reçues lors d'une fusion ne recueillent pas les engagements contractuels de rachat visant les actions échangées

COUR DE CASSATION (1<sup>re</sup> civ.). 18 juillet 1995. *Zieseniss c/ Groupe Expansion, société anonyme*

**Paul Le Cannu, Professeur à l'Université de Paris I**

## L'essentiel

*Si des actions en possession de dirigeants bénéficiaires d'un engagement de rachat en cas de licenciement proviennent d'un échange avec certaines de leurs actions de la société employeur, elles ne sauraient par ce seul fait bénéficier des engagements pris dans un protocole qui ne concerne que ces dernières ; de plus, si un article de ce protocole prévoit son extension aux actions de la société employeur acquises postérieurement à sa conclusion, son bénéfice ne saurait être étendu à des actions d'une autre société ; il appartenait aux dirigeants intéressés, lors de leurs acquisitions des actions reçues en échange lors d'une fusion, de négocier un engagement similaire à leur sujet.*

LA COUR. - Attendu, selon l'arrêt, partiellement infirmatif, attaqué (Paris, 6 juillet 1993), que MM. Zieseniss et Jacques Louvet, qui occupaient des fonctions de direction générale au sein de la société Groupe Expansion, en ont été licenciés par lettres recommandées du 26 mars 1991 fixant la fin de leurs contrats de travail au 30 juin 1991 ; que, au cours de leur activité professionnelle, ils avaient progressivement acquis des actions de cette société, dont certaines ont été échangées avec des actions de la société holding Ponex, constituée en 1990 lors de la restructuration du Groupe ; que, le 25 octobre 1984, la société Groupe Expansion avait conclu avec chacun d'eux un protocole, dans lequel il avait été convenu qu'en cas de licenciement ils pourraient « demander au Groupe Expansion de faire son affaire du rachat de leurs actions Groupe Expansion, ce dernier s'engageant irrévocablement à faire racheter lesdites actions » ; que, se référant à ce protocole, MM. Jacques Louvet et Zieseniss ont, par lettres recommandées avec demande d'avis de réception des 5 et 8 avril 1991, demandé à M. Jean-Louis Servan-Schreiber, en sa qualité de président de la société, de racheter les actions de la société Groupe Expansion et celles de la holding Ponex qu'ils possédaient ainsi que celles qui appartenaient à M. Louvet père et M<sup>me</sup> Zieseniss mère ; que le 25 avril 1991, MM. Zieseniss et Jacques Louvet cédèrent au groupe de M. Marc Ladreit de Lacharrière un certain nombre de ces actions, puis assignèrent M. Servan-Schreiber et le Groupe Expansion aux fins d'obtenir le rachat des actions qui n'avaient pas été ainsi cédées ; que la cour d'appel a mis M. Servan-Schreiber hors de cause, et condamné la société Groupe Expansion à payer à M. Zieseniss la somme de 7 219 968 francs, et à M. Jacques Louvet celle de 4 870 432 francs, avec intérêts au taux légal à compter du 5 septembre 1992, ces sommes correspondant, sur la base de 1 904 francs l'action, à la valeur respectivement de 3 792 actions Groupe Expansion pour M. Zieseniss, et 2 558 actions Groupe Expansion pour M. Jacques Louvet ;

*Sur le premier moyen, pris en ses diverses branches : - Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt d'avoir décidé que les actions Ponex détenues par MM. Zieseniss et Jacques Louvet ne pouvaient bénéficier des engagements pris dans les protocoles du 25 octobre 1984, alors, selon le moyen, que, d'une part, les demandeurs avaient fait valoir, et justifiaient par des documents versés aux débats, que le montage effectué par la création de la holding Ponex auquel ils avaient dû procéder permettait à M. Servan-Schreiber d'être assuré de conserver le contrôle du Groupe Expansion, ce dont il résultait que les actions Ponex qui, tout comme les actions Groupe Expansion, représentaient une partie du capital social de la société Groupe Expansion, devaient suivre le même régime qu'elles, et que la cour d'appel, qui n'a pas répondu aux conclusions, ni ne s'est prononcée sur les documents, a méconnu les exigences des articles 455 et 458 du nouveau Code de procédure civile, et violé l'article 1353 du Code civil, alors que, d'autre part, en ne recherchant pas si les actions Ponex qui, du fait que la*

holding détenait 38,30 % du capital de la société Groupe Expansion, représentaient une part du capital de cette société tout comme les actions Groupe Expansion, ne devaient pas, par application des protocoles, être soumises aux mêmes engagements réciproques des parties de rachat et de cession d'actions, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 1134 du Code civil ; alors que, enfin, aux termes de l'article 10 de chaque protocole, « dans le cas où M. Zieseniss » et « dans le cas où M. Louvet verrait le nombre d'actions dont il est titulaire augmenter, pour quelque motif que ce soit, les parties conviennent que le présent protocole s'appliquerait dans les mêmes termes aux actions supplémentaires, sans que la rédaction d'un avenant soit nécessaire », et qu'en ne recherchant pas la commune intention des parties, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 1134 du code civil ;

Mais attendu que, répondant aux conclusions dont elle était saisie, et se prononçant sur les documents soumis à son examen, la cour d'appel, qui a effectué la recherche prétendument omise, a souverainement jugé, justifiant ainsi légalement sa décision, que si les actions Ponex en possession de MM. Zieseniss et Jacques Louvet proviennent d'un échange avec certaines de leurs actions Groupe Expansion, elles ne sauraient par ce seul fait bénéficier des engagements pris dans le protocole du 25 octobre 1984 qui ne concerne que ces dernières, que si l'article 10 de ce protocole prévoit son extension aux actions Groupe Expansion acquises postérieurement à sa conclusion, son bénéfice ne saurait être étendu à des actions d'une autre société, et qu'il appartenait à MM. Zieseniss et Louvet, lors de leurs acquisitions des actions Ponex, de négocier un engagement similaire à leur sujet ; - D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

(Trois autres moyens sans intérêt.)

PAR CES MOTIFS : - Rejette le pourvoi.

MM. GREGOIRE, cons. doyen f.f. prés. ; CHARTIER, cons. rapp. ; ROEHRICH, av. gén. ; SCP LYON-CAEN, FABIANI et THIRIEZ, Me CHOUCROY, av.

Note

Cet arrêt apporte un éclairage utile sur des conventions fréquemment conclues dans la pratique avec les dirigeants de société. Ces dirigeants, qui émargent plutôt à la catégorie des « managers », c'est-à-dire qu'ils ne sont pas actionnaires dominants, reçoivent à divers titres (souvent dans le cadre des options d'acquisition d'actions, art. 208-8-1 de la loi du 24 juill. 1966) des actions de la société qu'ils dirigent - voire de filiales. Afin de ne pas se retrouver avec une participation très minoritaire dans la société qu'ils viennent de quitter, ils stipulent, lors de leur recrutement ou, plus rarement, au cours de leurs fonctions de dirigeant, une promesse de rachat à la charge de tel actionnaire (le ou les actionnaires dominants). De cette façon, ils peuvent réaliser le fruit, parfois très substantiel, de leur capitalisation, dans des conditions de bonne sécurité.

Le présent arrêt ne se pose pas la question de savoir (il n'avait pas à le faire) si de tels engagements sont contraires au principe de la révocabilité *ad nutum*  (1). On peut penser qu'aujourd'hui  (2) cet obstacle est moins redoutable, dans la mesure où il est de principe que des actionnaires puissent céder leurs titres. Cependant, l'assouplissement que l'on peut noter en jurisprudence n'est pas total, car même dans une convention entre actionnaires  (3), la Cour de cassation prend en considération le montant de la dépense pour savoir si l'actionnaire majoritaire n'est pas dissuadé de révoquer  (4).

Dans l'affaire examinée, l'engagement de rachat a été stipulé pour le cas où les bénéficiaires seraient licenciés de leur contrat de travail  (5) - ce qui s'est effectivement produit. La Cour d'appel de Paris a condamné le débiteur de l'obligation à exécuter celle-ci. Le principal problème a surgi du fait que les salariés intéressés avaient échangé une partie de leurs titres lors d'une restructuration du groupe intervenue en 1991, soit sept ans après la conclusion du pacte de rachat en cas de licenciement.

Les anciens dirigeants soutenaient que les actions reçues en échange devaient être, elles aussi, rachetées par l'actionnaire dominant. La Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir pris un autre parti ; pour les deux juridictions, le pacte ne portait que sur les actions de la société employeur, et les obligations souscrites au sujet de ces actions ne se reportaient pas de plein droit sur les actions reçues en échange ; les intéressés auraient dû le stipuler dans une convention.

Cette solution nous semble parfaitement orthodoxe, tant du point de vue du droit des contrats que de celui du droit des sociétés.

*Aspects contractuels.* - D'abord, en termes de technique contractuelle, rien n'empêche les parties à un pacte de rachat d'envisager les événements susceptibles d'affecter les titres qui sont l'objet d'un pacte de rachat. S'agissant de professionnels bien conseillés, il est clair que la prévision des conséquences d'une fusion, d'une scission ou d'un apport partiel d'actif (6) ne relève pas de l'exploit impossible. De nombreuses formules en attestent. Une convention conclue en 1984 intervient dans un contexte certes différent, sur le plan législatif, de celui que l'on connaît en 1991, date d'application du pacte. Mais les modifications intervenues en 1988 n'ont pas eu d'incidence sur la technique de l'échange de titres.

Certes, il peut sembler choquant que la fusion, décidée par le ou les actionnaires dominants, puisse diminuer les droits acquis par des tiers à l'occasion de contrats. Il est arrivé que des sociétés soient condamnées pour avoir caché une opération de restructuration (en l'espèce une cession de contrôle) à un tiers bénéficiaire d'une lettre d'intention (7). Mais la réprobation s'explique dans ce cas par les circonstances qui ont entouré la restructuration. Dans l'affaire ci-dessus, les dirigeants du groupe ont fort probablement approuvé, sinon mis eux-mêmes en oeuvre, les opérations qui ont amené l'échange de leurs titres.

Il est vrai qu'au moment de ces opérations ils n'étaient pas très bien placés pour exiger un amendement de l'accord initial, et un report de l'engagement de rachat sur les actions reçues en échange - ce que leur suggère pourtant le présent arrêt. En effet, ils n'avaient probablement pas le poids suffisant pour faire de ce report une condition de l'opération. Ce n'est que très consensuellement qu'ils auraient pu obtenir cet avantage. Le meilleur moment est celui de l'entrée en fonction ; après cela, la force de négociation s'amenuise - mais elle ne disparaît pas complètement.

*Aspects de droit des sociétés.* - La principale question concerne ici les actions attribuées à la suite d'une fusion. Ont-elles les mêmes caractéristiques que les actions de la société absorbée ? Il faut sans doute se garder de donner ici une réponse trop uniforme. Sans doute faut-il en effet distinguer selon les particularités du régime de ces actions. S'il s'agit d'une conséquence des règles légales ou statutaires, dans les rapports entre la société et ses actionnaires, on peut soutenir que les caractéristiques antérieures peuvent se reporter sur les actions nouvelles si les statuts de la société absorbante ou bénéficiaire de l'apport le permettent (ex. : droit de vote double, droit à un dividende majoré) (8).

La question est plus délicate lorsqu'il s'agit de rapports entre actionnaires. Certains de ses rapports ont des conséquences opposables à la société. Par exemple, le fait que des actions de la société absorbée soient démembrées entre un usufruit et une nue-propriété a incontestablement une incidence sur le fonctionnement de la société et la formation des majorités. A notre avis, les actions données en échange ne sont pas de plein droit soumises à usufruit ; mais il est possible de le stipuler dans le traité de fusion. Les obstacles venant d'une conception rigide de la rémunération des apports en société ne semblent pas devoir l'emporter.

Le problème est encore différent lorsque ce n'est qu'un engagement extrastatutaire qui grève les titres. Faute de subrogation réelle admise par les textes relatifs aux fusions, il n'est pas possible de poser en principe que les obligations contractuelles de rétrocession se reportent sur les nouveaux titres reçus par l'actionnaire de la société absorbée. La nature contractuelle de l'obligation milite au contraire en faveur d'une délimitation contractuelle de son champ d'application. Faute de faire suivre l'engagement d'achat, celui-ci disparaît avec les actions de

la société absorbée.

**Mots clés :**

**SOCIETE EN GENERAL** \* Fusion et scission \* Contrat \* Reprise

(1) Cf. Y. GUYON, *Traité des contrats, Les sociétés*, 2<sup>e</sup> éd., n° 273 et s. ; J.-Ph. DOM, *Les montages en droit des sociétés (aspects de droit interne)*, thèse, Bordeaux, 1994, p. 383 et s., n° 698 et s. ; H. LE NABASQUE, P. DUNAUD et P. ELSÉN, « Les clauses de sortie dans les pactes d'actionnaires », *Dr. sociétés Actes pratiques* 1992, n° 5, p. 13.

(2) Comp. Cass. com. 17 mai 1971, *Rev. sociétés* 1972.698, note B. Oppetit ; Paris, 30 oct. 1976, *D.* 1978, IR 252, obs. J.-C. Bousquet, *Gaz. Pal.* 1991.1.142, note A.P.S., *Rev. sociétés* 1977.695, note D. Schmidt.

(3) Cf. Paris, 26 janv. 1994, *Bull. Joly* 1994.517, § 154, note Le Cannu : il est « sans importance » que « l'entrave à la liberté de révocation du mandat social, au lieu de peser sur la société au profit de laquelle il s'exerce, pèse sur un tiers, dès lors qu'en tant qu'actionnaire majoritaire, il est seul maître de la décision de révoquer » ; *adde* : Versailles, 10 mai 1990, *Bull. Joly* 1990.770, § 228.

(4) Cass. com. 7 févr. 1989, *Rev. sociétés* 1989.643, note Y. Chartier, *Bull. civ.* IV, p. 38, n° 58, *D.* 1989, IR 60, *Bull. Joly* 1989, p. 334, § 113, note Le Cannu ; *adde* : pour la nullité de la convention obligeant au rachat au double de leur valeur au moment de la cession : Versailles, 11 juill. 1991, *D.* 1991, IR 244 , *Bull. Joly* 1991.1008, § 353, note Le Cannu ; V. aussi Paris, 14 déc. 1993, *Bull. Joly* 1994.183, § 44, note Le Cannu, *Dr. sociétés* 1994, n° 77, obs. H. Le Nabasque, *JCP*, éd. E, 1994.I.363, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain, n° 5.

(5) On n'invoque pas ici l'atteinte au pouvoir de licenciement de l'employeur.

(6) Dans le cas de l'apport partiel d'actif, toutefois, ce n'est pas l'actionnaire de la société apporteuse (ou de la société bénéficiaire de l'apport) qui reçoit des titres, mais cette société elle-même ; il peut être néanmoins utile de prévoir cette hypothèse pour avancer l'époque du rachat, car les titres peuvent alors changer de valeur ou de liquidité.

(7) Cass. com., 19 mars 1991, *Bull. Joly* 1991.523, § 180, note Le Cannu.

(8) V. dernièrement R. ROUTIER, « Primes de fidélité : le revers de la médaille », *Bull. Joly* 1996.23, § 3, et les références citées par cet auteur.