



Par Arnaud Langlais,  
associé,  
DS Avocats

# Le cas « La Provence » : quand les organes de la procédure collective se heurtent à une clause d'agrément

**Ou comment la clause d'agrément de la société dont la reprise est envisagée est susceptible de faire obstacle à l'offre d'un candidat concurrent.**

**A** lors qu'un accord est intervenu il y a peu entre NJJ Presse Sud (Xavier Niel) et CMA CGM (Rodolphe Saadé) concernant le rachat par cette dernière de l'intégralité des titres de La Provence mettant ainsi fin à une bataille judiciaire de plus d'un an, il convient de revenir sur la décision de la cour d'appel d'Aix-en-Provence du 7 avril 2022 qui a reconnu l'efficacité de la clause d'agrément contenue dans les statuts de La Provence.

Cet accord fait suite à plusieurs mois de conflits qui ont pour origine l'annulation en 2015 de la sentence arbitrale qui avait accordé 240 millions de dommages-intérêts au Groupe Bernard Tapie qui a alors été placé en liquidation judiciaire.

Dans le cadre de cette procédure, il a été envisagé la cession de gré à gré de la participation de 89 % du capital que Groupe Bernard Tapie détenait dans la société La Provence. Plusieurs candidats étaient en lice, dont le groupe CMA CGM implanté à Marseille qui proposait un peu plus de 80 millions d'euros, et la société NJJ Presse Sud, détenteur des titres Nice Matin et Var Matin dans le sud de la France qui proposait 20 millions d'euros.

Du fait de sa participation au capital de La Provence et du pacte d'actionnaires signé avec Groupe Bernard Tapie, NJJ Presse

Sud bénéficiait de deux sièges au conseil d'administration.

A ce titre, les administrateurs représentant NJJ Presse Sud étaient en droit de participer aux débats et aux décisions du conseil d'administration de La Provence. En ce qui concerne l'agrément d'un acquéreur potentiel des actions de La Provence, les deux groupes avaient convenu dans les statuts que la décision se prendrait à l'unanimité des voix. Ainsi, chacun des deux groupes disposait d'un droit de veto et pouvait s'opposer à tout repreneur concurrent. En l'espèce, NJJ Presse Sud pouvait donc refuser d'agréer CMA CGM en qualité de nouvel actionnaire et faire échec à son offre.

Afin d'éviter que le juge-commissaire qui devait désigner le repreneur ne soit tenu en otage par le conseil d'administration de La Provence, le liquidateur lui a demandé de se prononcer, par avance, en faveur de tout repreneur choisi par le juge-commissaire. Le conseil d'administration de La Provence ne l'ayant pas suivi dans sa démarche, le liquidateur a alors assigné La Provence afin d'obtenir la suspension de la clause d'agrément dans le cadre de la procédure.

L'objectif de cette démarche était d'éviter que le choix du juge-commissaire soit suspendu à la décision du conseil d'administration dont l'issue ne faisait aucun doute. Indirectement, il s'agissait pour le liquidateur de donner au juge-commissaire

les moyens de retenir l'offre la plus élevée au bénéfice de Groupe Bernard Tapie et ce dans le respect de l'intérêt social de La Provence.

Le juge des référés du tribunal de commerce de Marseille ainsi saisi, considérant que la clause d'agrément figurant dans les statuts de La Provence faisait obstacle au processus de réalisation des actifs de la liquidation judiciaire du Groupe Bernard Tapie tel que prévu par l'article L. 642-19 du Code de commerce et constituait un trouble manifestement illicite, en a suspendu l'application.

Sur la base de cette décision, le juge-commissaire pouvait donc retenir la meilleure offre sur le plan financier.

La société NJJ Presse Sud se voyant privée de son droit de veto a fait appel de cette décision devant la cour d'appel d'Aix-en-Provence qui retient une interprétation différente et infirme l'ordonnance du juge des référés.

Les débats ont porté notamment sur la licéité de la clause d'agrément en particulier au regard des dispositions impératives de la loi sur les procédures collectives avant de se porter sur l'existence d'un conflit d'intérêts et son impact sur l'exercice du droit de vote.

La clause d'agrément, prévue par la loi pour les sociétés civiles, les SARL et les SNC, est une clause que l'on retrouve très souvent dans les statuts des sociétés de capitaux dès lors que le capital est réparti entre plusieurs associés. Elle a pour but de contrôler l'entrée de nouveaux associés dans la société ce qui modifierait ainsi le pacte social.

Bien qu'étant une restriction à la libre cessibilité des titres, la clause d'agrément n'en demeure pas moins valable, quelle que soit la majorité retenue y compris l'unanimité. Dans le cas d'une société dont le capital est détenu par deux associés, la règle de l'unanimité se comprend d'autant mieux que l'application de la règle majoritaire aurait pour résultat de priver le minoritaire de son droit d'opposition à une cession.

Le mécanisme de la clause d'agrément pourrait toutefois être critiqué s'il ne permettait pas à un associé de céder ses titres. C'est pourquoi il est assorti d'une obligation de rachat de la part des autres associés et/ou de la société elle-même.

Dans le cas présent, les statuts ne font pas exception et une procédure de rachat en cas de refus d'agrément était prévue ce qui a fait dire aux défenseurs de NJJ Presse Sud que la motivation du liquidateur ne serait en réalité dictée que par le souci de se soustraire à la procédure d'expertise prévue à l'article 1843-4 du Code civil (détermination du prix à dire d'expert) en cas de refus d'agrément.

La cour d'appel a donc pu conclure que « l'existence dans les statuts d'une société d'une condition d'unanimité du vote du conseil d'administration en cas de cession de parts sociales, quelle que soit la forme prise par celle-ci, n'est contraire à aucune disposition légale. »

En revanche, bien que licite, une clause d'agrément ne devrait pas empêcher un juge-commissaire d'exercer sa mission prévue à l'article L. 642-19 du Code de commerce. Ainsi, selon le liquidateur, « la légitimité d'un droit n'est pas exclusive d'un trouble manifestement illicite dès lors que sont examinées les conditions de son exercice. Il invoque les conséquences de la règle de l'unanimité sur l'appréciation de l'intérêt social de l'entreprise,

intérêt social qui en matière de procédure collective doit primer. » Ainsi, selon eux, les règles d'ordre public des procédures collectives doivent s'imposer.

Mais la cour d'appel considère que le caractère d'ordre public de la loi sur les procédures collectives ne peut justifier de déclarer cette clause manifestement illicite au motif qu'elle est contraire aux intérêts de la société liquidée. De plus, selon elle, l'agrément est ici imposé par une autre loi d'ordre public, celle du 1<sup>er</sup> août 1986 portant réforme du régime juridique de la presse. La considérer comme manifestement illicite a priori et en suspendre l'application, avant même toute délibération des membres du conseil d'administration, aurait pour effet de porter atteinte au droit de vote de l'ensemble des administrateurs prévu par la loi et les statuts.

Néanmoins, la cour d'appel va être attentive aux arguments tendant à faire constater un conflit d'intérêts constitutif, selon le liquidateur, d'un trouble manifestement illicite. Selon lui, en se portant candidat à l'acquisition de la société Groupe Bernard Tapie, la NJJ Presse Sud a reconnu implicitement l'impossibilité d'appliquer la clause d'agrément.

Il existe en effet un conflit d'intérêts pour les deux administrateurs représentants NJJ Presse Sud qui tout en ayant la charge des intérêts de La Provence au titre de leur mandat, ont tout intérêt à faire échouer toute reprise des titres détenus par la Groupe Bernard Tapie par un acquéreur qui ne serait pas la société qu'ils représentent. Ce conflit d'intérêts rendrait la clause manifestement illicite selon le liquidateur et le juge des référés. Mais tout en reconnaissant le caractère « incontestable » du conflit d'intérêts, la cour d'appel considère qu'il est sans incidence sur la validité de la clause.

En revanche, elle considère que le trouble manifestement illicite pourrait être constitué par l'application qui sera faite de la clause lors du vote par le conseil d'administration de l'agrément du repreneur des titres détenus par Groupe Bernard Tapie désignée par le juge-commissaire.

Le trouble étant hypothétique au moment de la décision puisque le vote n'a pas eu lieu, il ne peut donc être constaté. La cour d'appel, constante dans son raisonnement, infirme donc l'ordonnance du juge des référés en ce qu'elle suspendait l'application de la clause d'agrément.

Le trouble résulterait donc de l'attitude des deux administrateurs représentant NJJ Presse Sud lors de l'examen de la demande d'agrément de CMA CGM par le liquidateur et non du simple conflit d'intérêts.

Sensible toutefois aux éléments de fait développés devant elle, la cour rappelle que : « les parties conservent la possibilité de contester en justice l'application qui pourra être faite des dispositions statutaires contestées dans le cadre du présent litige », indiquant par là qu'il serait possible de contester l'usage qui serait fait de la clause d'agrément en cas d'exercice abusif de leur droit de vote par les administrateurs de NJJ Presse Sud.

Du fait de l'accord intervenu entre les parties, nous ne pourrions pas connaître la position définitive de la cour sur le sujet mais devons retenir que si le droit des procédures collectives ne peut pas faire échec à une clause d'agrément, l'usage abusif qui pourrait en être fait exposerait ceux qui en sont à l'origine à une décision défavorable. ■