

Quentin Urban, Maître de conférences, Centre de droit de l'entreprise de l'Université Robert Schuman, Strasbourg

Gouvernance d'entreprise : les leçons de jurisprudence en droit des sociétés commerciales

Quel est le rôle du conseil d'administration dans la direction d'une société anonyme, particulièrement en cas de projet de fusion ? Voilà la question principale que porte en creux l'arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 29 janvier 2008. La réponse est cruciale pour tous les acteurs, dont les intérêts sont impliqués dans la gestion économique, financière et sociale d'un groupe : actionnaires, salariés, administrations, investisseurs, partenaires commerciaux... En effet, si le conseil d'administration se trouve relégué à un contrôle limité et *a posteriori* de la gestion de l'entreprise, les risques de dérive et les incertitudes résultant d'une concentration de l'information et du pouvoir entre les mains du président-directeur général sont grands. Les accidents de ces dernières années ayant affecté de grands groupes (Vivendi...) et provoqués par des présidents-directeurs généraux livrés à leurs appréciations personnelles et ayant pris des décisions sans concertation avec les administrateurs sont là pour le démontrer.

L'arrêt ci-après commenté illustre la volonté de la Cour de cassation d'éviter cette trop grande concentration de l'information et du pouvoir entre les mains du président et manifeste sa vigilance au sujet de la qualité de l'information du conseil d'administration afin d'assurer à cet organe un rôle actif dans la direction de l'entreprise et/ou du groupe. Cet intérêt porté à l'équilibre de l'information et du pouvoir s'est manifesté à l'occasion d'une opération particulièrement décisive pour l'avenir de deux sociétés à la tête de deux groupes importants : la fusion de Gaz de France avec Suez.

Engagé depuis plusieurs années, le rapprochement entre Gaz de France et Suez, avait soulevé des difficultés en droit communautaire de la concurrence. Dans un rapport

communiqué aux deux parties au projet de fusion, la Commission européenne avait fait part de griefs, portant sur les risques d'une domination trop forte du nouveau groupe sur certains segments du marché européen de l'énergie, particulièrement dans le secteur du gaz en France et en Belgique et dans le secteur de l'électricité en Belgique.

Pour informer le conseil d'administration de GDF de ces difficultés, son président avait estimé suffisant de lui faire parvenir un document résumant les griefs et avait proposé aux administrateurs de prendre connaissance de l'intégralité des griefs « dans le cadre d'une *data room* garantissant la confidentialité absolue » ; une réunion du conseil d'administration avait été fixée par le président après la date d'expiration du délai accordé par la Commission pour répondre à ses

observations. Les administrateurs, représentant les salariés de GDF, avaient considéré que cette procédure ne permettait pas au conseil d'administration de s'impliquer efficacement dans le processus de fusion et avaient exigé non seulement communication de l'intégralité du document en provenance de la Commission et du projet de réponse élaboré par le président, mais aussi l'organisation d'un débat préalable à la réponse qui serait donnée par la direction de Gaz de France. Le refus d'accéder à ces demandes était à l'origine du litige. Dans un arrêt du 31 août 2006, la Cour d'appel de Paris (1), réformant l'ordonnance de référé rendue par le Tribunal de commerce de Paris, avait fait droit aux sollicitations des administrateurs en considérant que la réponse à donner aux griefs formulés par la Commission entrait bien dans le champ de compétence du conseil d'administration tel qu'il était défini par la loi et le règlement intérieur de cet organe et que pour prendre efficacement position, il fallait non seulement que les administrateurs prennent connaissance de l'intégralité de la correspondance de la Commission adressée à GDF mais que, de plus, le conseil d'administration devait se réunir pour débattre de la réponse à donner à ce document. Le 29 janvier 2008, la Cour de cassation a validé l'arrêt d'appel : la communication de la lettre de griefs s'imposait eu égard la mission du conseil d'administration, sans qu'une obligation à la discrétion prétendument imposée par la Commission puisse être opposée, et la demande de réunion préalable à la réponse destinée à la Commission, formulée par les administrateurs, se justifiait eu égard les compétences dévolues par la loi et le règlement intérieur au conseil d'administration. Le raisonnement suivi par les magistrats sur ces deux questions incite à quelques observations.

(1) Dr. Ouv. 2007 p. 105 n. M. Cohen.

1° La nécessaire transmission de l'intégralité du texte de communication des griefs

Pour apprécier la légitimité de la demande de communication de la lettre énonçant les griefs, il est nécessaire de la mettre en perspective avec le droit positif relatif à l'information des administrateurs, pour ensuite analyser la pertinence de l'objection fondée sur l'obligation de discrétion avancée par le président de Gaz de France pour refuser cette communication.

En droit positif, c'est une définition fonctionnelle de l'étendue du droit à l'information de l'administrateur que donne l'article L. 225-35 al. 3 du Code de commerce : « *Le président ou le directeur général de la société est tenu de communiquer à chaque administrateur tous les documents et informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission* ». La jurisprudence avait déjà créé cette règle en 1985 qui fut introduite dans le Code de commerce par la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 (1 bis).

Face à une définition à géométrie variable du droit à l'information, le rôle du juge est central car c'est lui qui va établir une correspondance entre les missions et les informations nécessaires. Or, ces missions sont définies par la loi et en particulier par l'article L. 225-35 al. 1 qui donne compétence au conseil d'administration pour déterminer « *les orientations de l'activité de la société* » et de « *veiller à leur mise en œuvre* ».

En l'espèce, cette disposition légale est complétée par un article 2.4 (b) du règlement du conseil d'administration de Gaz de France qui prévoit que « *le conseil d'administra-*

tion délibère notamment sur les principales orientations stratégiques, économiques, financières ou technologiques de l'activité de la société ou du groupe, avant des décisions qui y sont relatives ». Est-ce que le dialogue entre la Commission et la direction du groupe sur le projet fait partie des événements ou initiatives s'intégrant dans la stratégie de l'entreprise et du groupe ? Une réponse positive s'impose. Plusieurs observations suffisent à s'en convaincre. D'abord, il convient d'indiquer que bon nombre de concentrations à l'échelle communautaire ont été abandonnées à la suite d'une communication de griefs par la Commission (2). L'échange avec la Commission est donc en soi une étape stratégique. Ensuite, dans l'hypothèse où les partenaires au projet de fusion parviennent à s'entendre avec la Commission, et lorsque le processus de rapprochement se poursuit, ce sont à la fois l'architecture et la stratégie des deux groupes qui se trouveront modifiées. Ainsi, pour Gaz de France et Suez, la fusion par absorption de l'une (Suez) par l'autre (GDF), approuvée par les conseils d'administration des deux sociétés têtes de groupe, le 2 septembre 2007, après l'alignement du projet sur les prescriptions de la Commission, a conduit à créer un groupe de dimension mondiale de l'énergie avec un chiffre d'affaires de 72 milliards et servi par 60 000 salariés. On sait enfin qu'un rapprochement d'une telle envergure conduit aussi à des économies d'échelle, génératrices de suppression d'emploi ! Une telle opération constitue donc un bouleversement stratégique qui imposait bien l'information du conseil d'administration de Gaz de France, en raison de sa mission, et cela dès les premiers échanges avec la Commission.

Mais, il faut prolonger l'analyse un peu plus loin pour bien mesurer l'étendue du droit à l'information reconnu aux administrateurs

par la Cour de cassation. Tout d'abord, il faut constater que la Chambre commerciale n'a pas retenu la règle avancée par le président de Gaz de France qui, dans les moyens de son pourvoi, avait soutenu que c'était « *au seul président du conseil d'administration d'une société anonyme de déterminer quelles sont les informations pertinentes qu'il convient de communiquer aux administrateurs pour permettre au conseil d'accomplir sa mission* ». Les magistrats ont ainsi estimé que la justice devait conserver, en dernier ressort, un contrôle sur le contenu des informations diffusées, se posant ainsi en garant ultime du fonctionnement des organes de la société. Ensuite, il faut souligner que la Chambre commerciale a une conception extensive du droit à l'information des administrateurs. Elle a écarté l'argument du président de Gaz de France fondé sur la transmission d'une version expurgée de la communication des griefs et la mise à disposition du document dans sa version intégrale dans le cadre d'une *data room*. Il n'y avait pas dans cette objection, selon la Cour de cassation, matière à relever l'existence d'une contestation sérieuse justifiant la déclaration d'incompétence du juge des référés par application de l'article 873 du nouveau Code de procédure civile. Le droit à l'information englobait donc la communication de l'original, sans que le président de Gaz de France puisse, par ailleurs, évoquer pour s'y opposer le risque d'atteinte à l'obligation de discrétion.

C'est en effet, le dernier argument avancé par Gaz de France pour s'opposer à la remise du document. La Commission aurait imposé le secret sur le détail des griefs. A cela l'arrêt répond en indiquant :

– d'une part que le président de gaz de France n'établissait pas que la Commission avait exigé la communication aux administrateurs

(1bis) Cass. com. 2 juil. 1985 Bull. civ. IV, n° 203.

(2) V. par exemple abandon du projet de fusion Wolters Kluwers et Reed Elsevier, le 9 mars 1999 tel qu'il avait été notifié le 10 novembre 1997, (Juris letter 1998, n° 11, p. 6).

d'une version expurgée de la lettre de griefs validée par elle,

– d'autre part, que les administrateurs étaient tenus eux-mêmes à une obligation de discrétion.

En effet, en application de l'article 225-37 al. 5 du Code de commerce les administrateurs « *sont tenus à la discrétion à l'égard des informations présentant un caractère confidentiel et données comme telles par le président du conseil d'administration* ». Le risque de voir perturbée l'opération de fusion par une diffusion auprès de tiers des modifications du projet de fusion suggérées par la Commission était donc absent.

On fera observer ici que, probablement, la qualité de représentant des salariés des administrateurs à l'origine de la demande pourrait avoir inspiré un tel argument. La similitude avec les réticences fréquentes des employeurs à communiquer des informations aux membres du comité d'entreprise et plus généralement aux représentants du personnel, est perceptible. Mais, là encore, l'obligation de discrétion imposée aux membres des comités d'entreprise par l'article L. 432-7 du Code du travail (L. 2325-5 recod.) est un argument sérieux pour triompher de l'opposition à communiquer des dirigeants. Par ailleurs, le droit à l'information et

de consultation du comité d'entreprise sur un projet de fusion tel qu'il est prévu par l'article L. 432-1 du Code du travail (L. 2323-19 recod.) et la jurisprudence de la Cour de cassation doit être entendu très largement (3). C'est, d'ailleurs, cette conception exigeante du droit à l'information qui a inspiré la Chambre sociale de la Cour de cassation, quand, le 16 janvier 2008, quelques jours avant le présent arrêt commenté, elle a rejeté un pourvoi de Gaz de France contre un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 21 novembre 2006 qui avait ordonné une information et une consultation plus ample du comité d'entreprise européen de Gaz de France sur le projet de fusion (4). Dans cet arrêt du 16 janvier 2008, comme dans celui du 29 janvier 2008 commenté, la reconnaissance d'un droit à une information ne trouve véritablement sa signification que parce qu'il s'inscrit dans la volonté du juge d'impliquer les destinataires de l'information dans le processus décisionnel (5).

2° L'implication du conseil d'administration dans le projet de fusion

Dans les projets du président de Gaz de France, le conseil d'administration n'aurait dû avoir qu'une fonction de contrôle *a posteriori* de la procédure engagée auprès de la Commission européenne. Une réunion de cet organe avait été fixée après l'expiration du délai accordé par la Commission pour répondre aux griefs. La Cour de cassation s'est refusée à marginaliser ainsi le conseil d'administration dans le processus de fusion. Elle a d'abord considéré que les règles de convocation de l'assemblée à la demande d'administrateurs, prévues par le règlement intérieur, avaient été respectées pour ensuite estimer qu'il était de la compétence du conseil d'administration de statuer sur le projet de réponse.

C'est précisément l'article 2.2.1 du règlement intérieur du conseil

d'administration que les administrateurs salariés avaient invoqué pour inviter le président à réunir les administrateurs. Le président de Gaz de France avait résisté en soutenant devant le juge des référés que la demande avait été introduite en justice par deux administrateurs seulement, au lieu des six prévus par le règlement intérieur. Pour apprécier la pertinence de cet argument, il convient d'abord d'observer que, selon le droit positif, le règlement intérieur peut, sous réserve des dispositions légales et des statuts applicables prévoir des règles relatives à la procédure de convocation des assemblées (6). Ensuite, les magistrats ont souligné qu'il importait peu que le juge des référés ait été saisi par deux administrateurs ; chaque administrateur, ayant essuyé un refus du président de Gaz de France, pouvait individuellement saisir le juge. En effet, l'article 2.2.1 du règlement intérieur avait limité l'exigence du nombre minimum de six administrateurs à la requête adressée au président du conseil d'administration ; ainsi, la règle fixée par le règlement intérieur, d'interprétation stricte, ne pouvait s'étendre à la demande en justice de convocation d'une réunion à la suite d'un refus du président.

Une fois les arguments de procédure écartés, il incombait à la Cour de cassation de s'assurer qu'un débat sur la réponse à donner aux griefs, objet de la réunion du conseil d'administration, relevait bien de sa compétence. Les magistrats se sont montrés laconiques sur le sujet, se contentant de relever que c'est à juste titre que l'arrêt d'appel avait considéré que « *l'ordre du jour du conseil dont la convocation était sollicitée ressortissait aux compétences de ce dernier* ». Nous avons déjà montré plus haut qu'une telle position est largement fondée. La Cour d'appel avait déjà indiqué que le débat s'inscrivait « *manifestement dans les prérogatives dévolues à l'organe stratégique de gouvernance de la*

(3) V. par ex. Cass. crim. 30 oct. 1990, n° 89-83161. L'information incomplète avait été, en l'espèce, sanctionnée par un délit d'entrave. V. aussi Cass. soc. 16 avr. 1996, n° 93-15.417 sur le caractère écrit et le respect d'un délai suffisant pour examiner la documentation remise aux membres du comité d'entreprise.

(4) Cass. soc. 16 janvier 2008, n° 07-10597, à paraître au Dr. Ouvr.

(5) Dans le cas du comité d'entreprise européen ou du comité central d'entreprise, cette implication dans le processus décisionnel se limite à une consultation.

(6) A. Viandier, Le règlement intérieur du conseil d'administration des sociétés cotées, RJDA 12 mars 2003, p. 1003 ; v. aussi Lamy Sociétés commerciales, 2007, § 369. Le règlement intérieur doit respecter le droit des sociétés (CA Paris 1^{re} ch. A, 9 oct. 1985, Bull. Joly 1986, p. 761 et Cass. soc. 2 juin 1987, n° 86-10 108) et les règles statutaires (CA Paris 23 févr. 1962, D. 1963, p. 570).

société ». En employant le terme de « gouvernance », qui ne figure pas dans le code des sociétés et qui est plutôt doctrinal, les magistrats d'appel avaient parfaitement conscience que c'était une occasion de préciser leur conception du fonctionnement des relations entre le conseil d'administration et la présidence, plus largement encore, que leur décision pouvait avoir un impact sur la signification d'une bonne gouvernance des sociétés anonymes. C'est, en dernier ressort, à propos de cette gouvernance, qu'il convient de mesurer la portée de l'arrêt et en particulier sur la place des représentants des salariés dans cette gouvernance.

Certes, la première leçon doctrinale de cet arrêt est d'une lecture immé-

(7) Le décret n° 2004-1223 du 17 novembre 2004, pris en application de la loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières a transformé les statuts de Gaz de France (EPIC - Etablissement public à caractère industriel et commercial) en société anonyme.

(8) Cass. soc.16 févr. 2008, n° 07-10597 préc.

diante. La gouvernance d'une société repose sur une participation éclairée du conseil d'administration au processus décisionnel qui ne peut être confisqué par le président. Mais, au-delà, il faut donner une signification au fait que ce sont des représentants des salariés qui sont à l'origine de cette exigence et que parallèlement le comité d'entreprise européen de Gaz de France a triomphé, le 16 janvier 2008, devant la Cour de cassation, de la résistance à communiquer manifestée par le président sur le même sujet.

Les dispositions réglementaires (7) et statutaires prévoient que le conseil d'administration de Gaz de France comprend dix-huit membres, dont six administrateurs élus par les salariés. Sans pour autant détenir la majorité, ces représentants des salariés qui disposent des mêmes prérogatives que les autres administrateurs sont donc une composante essentielle de l'organe dirigeant. En obligeant le pré-

sident à partager avec la direction du processus de fusion avec le conseil d'administration, la Cour de cassation invite dans le même mouvement les représentants des salariés à s'impliquer. Cette invitation à élargir le processus décisionnel à d'autres acteurs prend d'autant plus de relief que la même juridiction avait manifesté la même préoccupation quelques jours plus tôt en confirmant la décision de la Cour d'appel de Paris qui avait ordonné le report d'une réunion du conseil pour que le comité d'entreprise puisse rendre un avis éclairé sur le projet de fusion (8). Le droit des sociétés a ainsi relayé le droit du travail pour porter une conception de la gouvernance d'entreprise fondée sur l'intervention des représentants des salariés. La construction du marché européen de l'énergie n'échappe pas ainsi totalement au contrôle de ceux qui travaillent à la production et à la commercialisation de l'énergie !

Quentin Urban

Annexe

PROJET DE FUSION ENTRE DEUX SOCIÉTÉS (GDF et Suez) – Contrôle par la Commission européenne sur le projet de fusion – Communication des griefs par la Commission à la société – Information du Conseil d'administration sur le contenu des griefs (oui) – Droit d'accès des administrateurs au texte intégral de la communication des griefs émanant de la Commission (oui) – Pas d'obligation de discrétion interdisant la communication de ce document – Demande formulée par des administrateurs représentants des salariés de convocation du conseil d'administration – Application du règlement intérieur du Conseil d'administration à la convocation (oui) – Demande de débat au sein du conseil d'administration sur le contenu des griefs et sur le projet de réponse de la direction de la société aux griefs formulés – Demande accueillie partiellement.

COUR DE CASSATION (Ch. Com.) 29 janvier 2008
Syndicat CGT et autres contré Sté Atofina

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 31 août 2006), rendu en matière de référé, qu'ayant appris par voie de presse que la Commission européenne avait adressé aux dirigeants des sociétés Gaz de France (société GDF) et Suez, le 19 août 2006, une communication des griefs concernant le projet de fusion entre ces deux sociétés et que les observations en réponse à cette communication devaient être fournies le 1^{er} septembre au plus tard, MM. Ba., Bu., L., R., C. et Le., administrateurs représentant les salariés de la société GDF ont, par lettre du 23 août 2006, demandé au président du conseil d'administration de cette société, M. Ci, de leur adresser ainsi qu'à l'ensemble des administrateurs la copie des griefs, considérant que ce document était indispensable à l'exercice de leur mandat et que le groupe ne pouvait s'engager dans des décisions fondamentales sans un débat préalable, et de réunir le conseil d'administration "avant la fin du délai

imparti par la Commission européenne, afin que les administrateurs puissent se prononcer sur les cessions éventuelles qui pourraient être envisagées par le groupe" ; que par lettre datée du 28 août 2006 et expédiée par télécopie le lendemain, le président du conseil d'administration a communiqué aux administrateurs susnommés un document résumant les griefs et leur a indiqué que les entreprises feraient part de leurs observations sur la communication des griefs avant le 1^{er} septembre 2006 et que le conseil d'administration serait réuni le 11 septembre pour examiner les remèdes, y compris les cessions éventuelles, qui pourraient être envisagés dans le cadre de la fusion ; que MM. Ba. et Bu. ont alors fait assigner en référé la société GDF et M. Ci, ès qualités, et demandé qu'il soit ordonné sous astreinte à ce dernier de convoquer le conseil d'administration au plus tard le 31 août 2006 afin de débattre du contenu de la

lettre de griefs et du projet de délibération portant adoption de la réponse que la société GDF devait lui apporter, ainsi que de communiquer la lettre de griefs à l'ensemble des administrateurs avant cette réunion ; que M. L. est intervenu volontairement à l'instance aux mêmes fins ; qu'après que le président du Tribunal de commerce eut déclaré ces demandes irrecevables, MM. R. et Le. sont intervenus volontairement devant la Cour d'appel ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société GDF fait grief à l'arrêt d'avoir déclaré MM. Ba., Bu., L., R. et Le. recevables en leurs demandes alors, selon le moyen :

1°/ qu'aux termes de leur courrier en date du 23 août 2006, les six administrateurs, ayant appris que la Commission européenne avait adressé à la société GDF des griefs portant sur son projet de fusion avec la société Suez, ont demandé à M. Ci, ès qualités de président du conseil d'administration de la société GDF, d'une part, de leur faire "parvenir ainsi qu'à l'ensemble des administrateurs la copie de ces griefs. En effet, nous considérons que ce document est indispensable à l'exercice de notre mandat", d'autre part, de "réunir le conseil d'administration avant la fin du délai imparti par la Commission européenne afin que les administrateurs puissent se prononcer sur les cessions éventuelles qui pourraient être envisagées par le groupe" ; qu'en relevant, pour dire que la demande de convocation du conseil d'administration de la société GDF formulée dans ce courrier est identique à celle soumise au juge des référés et en déduire la recevabilité de leurs demandes, qu'ils ont par ce courrier demandé la convocation du conseil d'administration pour répondre à la communication des griefs avant le 1^{er} septembre 2006 cependant qu'il résultait des termes de ce courrier, dont la Cour d'appel a relevé la clarté et a exclu la nécessité de toute interprétation, que les administrateurs avaient demandé la communication des griefs et indiqué qu'ils participeraient aux débats sur les remèdes à apporter, la Cour d'appel a dénaturé cet élément de preuve en violation de l'article 1134 du Code civil ;

2°/ que l'interprétation d'un élément de preuve fondant la demande d'un plaideur ne relève pas de la compétence du juge des référés ; qu'en relevant, pour dire que la demande de convocation du conseil d'administration de la société GDF formulée dans ce courrier est identique à celle soumise au juge des référés et en déduire la recevabilité de leurs demandes, qu'en indiquant que "la Commission européenne vient de vous adresser la lettre de griefs concernant le projet de fusion Gaz de France-Suez. La presse se fait l'écho que les entreprises doivent répondre sous dix jours. Cette réponse marquera un premier engagement de l'entreprise en matière de contrepartie. Nous considérons que le groupe ne peut s'engager dans des décisions si fondamentales sans qu'un débat préalable puisse avoir lieu", les administrateurs ont manifesté leur intention de répondre aux griefs avant le 1^{er} septembre 2006, la Cour d'appel qui a, ce faisant, nécessairement interprété le courrier, a excédé ses pouvoirs en violation des articles 872 et 873 du nouveau Code de procédure civile ;

3°/ qu'aux termes de l'article 2.2.1 du règlement intérieur de la société GDF, la convocation du conseil d'administration de la société GDF ne peut être demandée que par six administrateurs au moins ; qu'en l'espèce, la demande de convocation du conseil d'administration a été introduite en référé devant les premiers juges par MM. Ba. et Bu., MM. L., R. et Le. étant intervenus en première ou en seconde instance ; qu'en les déclarant recevables en leur demande de convocation du conseil d'administration de la société GDF, la Cour d'appel, qui n'était saisie que par cinq administrateurs, a violé l'article 2.2.1 du règlement intérieur de la société GDF ;

Mais attendu qu'ayant retenu, sans dénaturer ni interpréter la lettre du 23 août 2006, que ses auteurs demandaient au président du conseil d'administration de la société GDF la convocation du conseil en temps utile pour répondre à la

communication des griefs, soit avant le 1^{er} septembre 2006, et relevé que le président du conseil d'administration n'avait pas procédé à cette convocation demandée par six administrateurs, c'est à bon droit que la Cour d'appel a retenu que chacun de ceux-ci était recevable à saisir le juge des référés en invoquant une violation du règlement intérieur constitutive d'un trouble manifestement illicite ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Et sur le second moyen :

Attendu que la société GDF fait encore grief à l'arrêt d'avoir ordonné au président de son conseil d'administration, d'une part, de convoquer le conseil pour le 1^{er} septembre 2006 avec pour ordre du jour de débattre sur le contenu de la lettre de griefs adressée par la Commission européenne et de délibérer sur l'adoption de la réponse que la société devait apporter à cette lettre et, d'autre part, de mettre immédiatement à la disposition de l'ensemble des administrateurs l'intégralité de la communication des griefs alors, selon le moyen :

1°/ qu'en retenant, pour relever l'existence d'un trouble manifestement illicite, que M. Ci, ès qualités de président du conseil d'administration de la société GDF, a refusé de faire droit à la demande des administrateurs, formulée par lettre du 23 août 2006, tendant à obtenir la réunion du conseil d'administration, avant le 1^{er} septembre 2006, pour répondre à la communication des griefs formulés par la Commission européenne cependant que cette demande ne lui avait pas été présentée, les administrateurs indiquant seulement qu'ils participeraient aux débats sur les remèdes à apporter aux conséquences qu'emporterait la concentration envisagée, la Cour d'appel a dénaturé cet élément de preuve en violation de l'article 1134 du Code civil ;

2°/ que le président du conseil d'administration d'une société anonyme satisfait à son obligation d'information des administrateurs lorsqu'il leur envoie ou met à leur disposition tous les documents et informations nécessaires à l'accomplissement de leur mission ; qu'en considérant que le président du conseil d'administration de la société GDF a refusé de communiquer aux administrateurs la lettre des griefs communiquée par la Commission européenne cependant qu'en réponse à cette demande, M. Ci, ès qualités, a communiqué à l'ensemble des administrateurs un document résumant ces griefs et les a informés de ce qu'ils pourraient, dans le cadre d'un data room garantissant la confidentialité absolue de cette opération, consulter la lettre de griefs dressés par la Commission européenne, la Cour d'appel, qui, pour retenir l'existence d'un trouble illicite, a en réalité tranché une contestation sérieuse, a violé l'article 873 du nouveau Code de procédure civile ;

3°/ qu'il revient au seul président du conseil d'administration d'une société anonyme de déterminer quelles sont les informations pertinentes qu'il convient de communiquer aux administrateurs pour permettre au conseil d'accomplir sa mission ; qu'en relevant dès lors, pour caractériser un trouble illicite, qu'il n'était pas établi que la Commission européenne avait exigé qu'une version expurgée des griefs soit communiquée aux administrateurs, la Cour d'appel a violé l'article 873 du nouveau Code de procédure civile ;

4°/ qu'en ordonnant au président du conseil d'administration de la société GDF de convoquer un conseil d'administration avec pour ordre du jour, non seulement le "débat sur le contenu de la lettre de grief adressée par la Commission européenne le 19 août 2006 à la direction de GDF concernant le projet de fusion entre GDF et Suez" mais également la "délibération du conseil d'administration portant adoption de la réponse que GDF doit apporter à la lettre de griefs de la Commission européenne", cependant qu'elle relevait expressément qu'elle était saisie d'une demande d'organisation d'un débat préalable avant le 1^{er} septembre 2006 portant sur les engagements en matière de contrepartie qui pourraient être pris par la société GDF, la Cour d'appel a excédé ses pouvoirs en violation des articles 872 et 873 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt expose tout d'abord, sans méconnaître l'objet des demandes, qu'il est notamment demandé à la Cour d'appel d'ordonner au président du conseil d'administration de la société GDF de convoquer le conseil avec pour ordre du jour le projet de délibération portant sur la réponse que la société doit apporter à la lettre de griefs de la Commission européenne ; que l'arrêt retient ensuite, sans dénaturer la lettre du 23 août 2006, que, dès lors que la demande lui en avait été faite par six administrateurs et que l'ordre du jour du conseil dont la convocation était sollicitée ressortissait aux compétences de ce dernier, le président du conseil d'administration devait, en application de l'article 2.2.1 du règlement intérieur, procéder à cette convocation en temps utile pour permettre au conseil de débattre des observations à fournir en réponse aux griefs exprimés par la Commission européenne et que le refus du président de convoquer le conseil était source d'un trouble manifestement illicite auquel il convenait de mettre fin ;

Et attendu, en second lieu, qu'après avoir énoncé que le président du conseil d'administration a l'obligation de communiquer aux administrateurs les documents nécessaires pour permettre au conseil de remplir sa mission et de délibérer


utilement, l'arrêt relève que tous les administrateurs, y compris ceux qui représentent les salariés, sont tenus à la discrétion à l'égard des informations présentant un caractère confidentiel et présentées comme telles par le président du conseil d'administration et qu'il n'est pas établi que la Commission européenne ait exigé la communication aux administrateurs d'une version expurgée de la lettre de griefs validée par elle ; qu'en l'état de ces énonciations et constatations faisant ressortir que la communication aux administrateurs de la lettre de griefs de la Commission européenne était nécessaire à l'exercice de leur mission et que cette communication ne se heurtait pas plus aux exigences de la discrétion qu'à celles de la Commission européenne, la Cour d'appel a retenu à bon droit que le refus de communiquer ce document était source d'un trouble manifestement illicite auquel il convenait de mettre fin ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

PAR CES MOTIFS :

Rejette le pourvoi.

(Mme Favre, prés. – M. Petit, rapp. – M. Main, av. gén. – SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, SCP Vier, Barthélémy et Matuchansky, av.)



Droit du service public (deuxième édition)

par Gilles Guglielmi et Geneviève Koubi
avec la collaboration de Gilles Dumont

Dépasser le mode d'approche qui considère le service public à la fois comme une donnée du système juridique et comme un outil intellectuel universellement partagé devient une nécessité pour comprendre l'évolution du droit public. Sujet de nombreux débats, nationaux et européens, le service public est une notion en mutation permanente.

La notion de service public possède à la fois un sens juridique, une fonction politique, une portée économique et une contenance sociale qui ne peuvent pas être dissociés. Son étude relève alors tant du droit positif, administratif ou constitutionnel, que de la science administrative.

Malgré les conceptions multiples d'une idée marquée par ses origines républicaines, en dépit de la diversité des façons d'aborder la finalité du concept de service public ou encore le contenu de celui-ci, le droit du service public manifeste une constance et une unité relevées dans les discours et dans les pratiques juridiques.

Les évolutions profondes de la société française n'ont pas remis en cause les acquis que la notion de service public a permis de constituer depuis la Libération. La volonté des pouvoirs publics de répondre aux nouvelles demandes sociales et les contraintes d'adaptation, nées de l'internationalisation des échanges et des avancées de l'Union européenne, n'ont modifié ni la validité intellectuelle de l'idée de service public, ni son efficacité opératoire originelle, ni sa fonction préservatrice du lien social.

Première partie : Conceptions du service public

Deuxième partie : Organisation du service public (Titre 1 : Les modalités de création et les modes de suppression des services publics - Titre 2 : Les modes de gestion du service public)

Troisième partie : Régime juridique du service public (Titre 1 : Les principes de fonctionnement du service public - Titre 2 : L'activité de service public face à ses usagers)

Montchrestien Coll. Domat - ISBN : 978-2-7076-1559-6 - 760 pages - 35 € - A commander en librairie